

**Amerikanisches Verwaltungsrecht im Spannungsfeld
zwischen zunehmender staatlicher Betätigung und
bürgerlichen Freiheitsrechten**

**Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Gewaltenteilung
und des procedural due process**

**Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät der Westfälischen Wilhelms - Universität
Münster**

**vorgelegt
von**

**Regierungsassessor
Hubert Schlephorst**

aus Siegen/ Westf.

1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Amerikanisches Verwaltungsrecht im Spannungsfeld
zwischen zunehmender staatlicher Betätigung und
bürgerlichen Freiheitsrechten**

**Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Gewaltenteilung
und des procedural due process**

**Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät der Westfälischen Wilhelms - Universität
Münster**

**vorgelegt
von**

**Regierungsassessor
Hubert Schlephorst**

aus Siegen / Westf.



Dekan:	Professor Dr. Schelsky
Berichterstatter:	Professor Dr. Scupin
	Professor Dr. Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Mai 1963

Meinen Eltern

Inhaltsübersicht

Schrifttumsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	XII
Einleitung	1
<u>Kapitel I. Herkunft und Entwicklung des amerikanischen Verwaltungsrechts</u>	6
A. <u>Die Anfänge</u>	7
B. <u>Drängende Anzeichen und frühe Mahnungen</u>	14
1. Das Beispiel der Sozialgesetzgebung	15
2. Das Verhältnis der Rechtswissenschaft zum Verwaltungsrecht	18
C. <u>Im Zeitalter des New Deal</u>	23
1. Roosevelts New Deal	24
2. Der Einfluß des New Deal auf die Machtsstellung der Exekutive	26
3. Die Reaktion der richterlichen Gewalt	27
4. Ergebnis	29
D. <u>Vom New Deal bis zur Gegenwart</u>	29
1. Das Entstehen einer modernen Verwaltungsrechtswissenschaft	29
a. Die Zeit der systematischen Untersuchungen	30
aa. Das Committee on Administrative Management	31
bb. Das Attorney General's Committee	32
b. Die endgültige Lösung des Verwaltungsrechts vom Verfassungsrecht	34
2. Die Entstehung von Gesetzen über das Verwaltungsverfahren	35
3. Der zunehmende staatliche Einfluß auf materiell-rechtlichem Gebiet	37
4. Zusammenfassung	38
E. <u>Rückblick und Ausblick</u>	39
1. Typische Ursachen der aufgezeigten Entwicklung	39
a. Das Denksystem des case law	39
b. case law und die Entwicklung des modernen Staates	41

2. Definition und Begriff des Verwaltungsrechts	44
3. Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft	49
<u>Kapitel II. Gewaltentrennung und procedural due process</u>	50
A. <u>Gewaltentrennung nach ursprünglicher amerikanischer Auffassung und Praxis</u>	51
B. <u>Die Entwicklung der Lehre</u>	56
1. Das Verordnungsrecht der Exekutive	58
2. Das Recht der Exekutive zum Erlass von Verwaltungsakten	61
3. Die independent regulatory commissions	62
C. <u>Procedural due process</u>	67
D. <u>Die Bedeutung des due process innerhalb des Verwaltungsverfahrens</u>	71
1. due process bei Verordnungen	71
a. Das Verfahren beim Erlass von Verordnungen	73
aa. Das formlose Verfahren	73
bb. Das förmliche Verfahren	82
b. Die Angreifbarkeit einer Verordnung	88
aa. Abstrakte Rechtssatzkontrolle	88
bb. Umfang der Nachprüfung	91
2. due process bei Verwaltungsakten	95
a. Das Verfahren beim Erlass von Verwaltungsakten	96
aa. Das formlose Verfahren	96
bb. Das förmliche Verfahren	97
b. Die Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten	112
aa. Unanfechtbare Verwaltungsakte	112
bb. Form und Umfang der Anfechtung	117
E. <u>Zusammenfassung</u>	138

Schrifttumsverzeichnis

- AUBURTIN, Angèle Zur Frage der auswärtigen Gewalt des
Präsidenten der Vereinigten Staaten,
in: ZaöRV Bd. 11 (1942), S.51 - 88
- BACHOF, Otto Beurteilungsspielraum, Ermessen und
unbestimmter Rechtsbegriff im Verwal-
tungsrecht, in: JZ 1955, S.97 - 102
- Die Rechtsprechung des Bundesverwal-
tungsgerichts, in: JZ 1957, S.431 - 441
- BARNES, William R. The Constitution of the United States
and the Declaration of Independence, New
York: Barnes & Noble, 13th printing 1956
- BECK, James M. Our Wonderland of Bureaucracy, New
York: Macmillan 1932
- BISCHOFF, Ralph F. Constitutional Law and Civil Rights, in:
1958 Annual Survey of American Law
59 - 91
- BISSING, W.M. Verkehrspolitik, Berlin: de Gruyter
1956
- BLACHLY, Frederick Federal Regulatory Action and Control,
OATMAN, Miriam E. Washington: The Brookings Institution
1940
- BOWMAN, D.O. Public Control of Labor Relations,
New York: Macmillan 1942
- CARDOZO, Benjamin Nathan Selected writings, enthaltend u.a.:
The Nature of the Judicial Process,
Growth of the Law, - New York: Fallon
Law Book Co. 1947
- CARR, Cecil Thomas Delegated Legislation, Cambridge:
University Press 1921
- CARSTENS, Karl Grundgedanken der amerikanischen Ver-
fassung und ihre Verwirklichung, Berlin:
Duncker & Humblot 1954
- CORWIN, Edward Samuel Constitutional Revolution Ltd., Claremont,
Cal.: Claremont Colleges 1941
- CORWIN, Edward Samuel (ed.) The Constitution of the United States of
America - Analysis and Interpretation -
Senate, 82nd Congress, 2nd Session,
Document No.170, Washington: US Govern-
ment Printing Office 1953

- CRAMTON, Roger C. Besprechung des Buches: SCHWARTZ, Bernard, Administrative Law 1957, in: The Student Lawyer, Chicago, vol. 4, No. 4, April 1959, S. 31 f
- CROSSKEY, William Winslow Politics and the Constitution in the History of the United States, 2 vol., Chicago: The University Press; London: Cambridge University Press 1953
- CURTIS, Charles P. jr. Löwen unter dem Thron - deutsch von Philippine Frein von Hertling -, Berlin: Dunker & Humblot 1951
- CUSHMAN, Robert Eugene The Independent Regulatory Commissions New York, London, Toronto: Oxford University Press 1941
- DAVIN, Frank Driver Licensing in Illinois, in: Reprint from: Traffic Safety Magazine, July 1958, Chicago: National Safety Council, distr. by Charles F. Carpenter, Secretary of State, State of Illinois
- DAVIS, Kenneth Culp Administrative Law, St. Paul: West Publishing Co. 1951
- Forms of Proceedings for Judicial Review of Administrative Action, in: 44 Illinois Law Review 565 - 630 (1949/50)
- The administrative power of investigation, in: 56 Yale Law Journal 1111 - 1154 (1946/47)
- Reflections of a Law Professor on Instruction and Research in Public Administration, in: 47 American Political Science Review 728 - 752 (1953)
- DENNEWITZ, Bodo Die Systeme des Verwaltungsrechts, Hansischer Gildenverlag Hamburg, Joachim Heitmann 1948
- DENNING, Alfred Thompson Freedom under the Law, London: Stevens 1949
- DEPPELER, Rolf "Due Process of Law", ein Kapitel amerikanischer Verfassungsgeschichte, Bern: Stämpfli 1957
- DODD, Walter F. An Appraisal of Illinois Administrative Procedure today, in: 1949 University of Illinois Law Forum 181 ff

- DREWS, Bill
WACKE, Gerhard
Allgemeines Polizeirecht, Berlin, Köln:
Heymanns Verlags KG, 6. Auflage 1954
- DÜRKES, Werner
Die Bindung der ordentlichen Gerichte an
Bescheide der Deutschen Bundesbank nach
§ 3 des Währungsgesetzes, insbesondere
an Negativatteste, in: MDR 1961, S. 283 f
- DULCKEIT, Gerhard
Römische Rechtsgeschichte, München,
Berlin: Beck 1952
- DURANT, Will
Die großen Denker - deutsch von Andreas
Hecht -, Zürich; Orell Füssli, 9. Auf-
lage 1953
- EMERSON, Thoma I.
HABER, David
Political and Civil Rights in the United
States, 2 vol., 2nd ed., Buffalo:
Dennis 1958
- PELLMAN, David
Constitutional Law in 1957 - 1958, in:
53 American Political Science Review
138 - 180 (1959)
- FLORIAN, Winfried
Die Independent Regulatory Commissions
im Amerikanischen Administrative Process,
Diss. Marburg 1953
- FORDHAM, Jefferson B.
Local Government Law, Brooklyn: Foun-
dation Press 1949
- FORSTHOFF, Ernst
Lehrbuch des Verwaltungsrechts, München,
Berlin: Beck, 8. Auflage 1961
Die Verwaltung als Leistungsträger
- Königsberger Rechtswissenschaftliche
Forschungen, Band 2 -, Stuttgart, Berlin:
Kohlhammer 1938
- FRAENKEL, Ernst
Das richterliche Prüfungsrecht in den
Vereinigten Staaten von Amerika, in:
JÖR Band 2 (1953), S. 35 - 105
- FRANKFURTER, Felix
Foreword, in: 49 Harvard Law Review
426 (1936)
The Task of Administrative Law, in:
75 University of Pennsylvania Law
Review 614 (1927)
- FREUND, Ernst
Das Öffentliche Recht der Vereinigten
Staaten von Amerika, Tübingen: Mohr 1911
The Police Power, Chicago: Callaghan 1904
Administrative Powers over Persons and
Property, A Comparative Survey, Chicago:
University Press 1928

- FREUND, Ernst Legislative Regulation, New York: The Commonwealth Fund 1932
- FREUND, Ernst, et al. The Growth of American Administrative Law, St. Louis: Thomas Law Book Co. 1923
- FREUND, Paul A., et al. Constitutional Law, 2 vol., Boston, Toronto: Little, Brown and Co., 1954
- FUCHS, Ralph R. Procedure in Administrative Rule-Making in: 52 Harvard Law Review 259 - 280 (1938/39)
- GAGE, John B. Administrative Law, in: The Student Lawyer, Chicago, vol. 4, No. 4, April 1938, S. 19 - 22
- GECK, Wilhelm Karl Die Übertragung rechtsetzender Gewalt und die Ausübung delegierter Legislativbefugnisse in den Vereinigten Staaten von Amerika, Diss. Frankfurt 1952
- Besprechung des Buches: CARSTENS, Karl, Grundgedanken der amerikanischen Verfassung in ZaöRV, Band 16, S. 107 f (1955/56)
- GELLHORN, Walter Federal Administrative Proceedings, Baltimore: The John Hopkins Press 1941
- Individual Freedom and Governmental Restraints, Baton Rouge: Louisiana State University Press 1955
- GELLHORN, Walter
BYSE, Clark Administrative Law, Brooklyn: The Foundation Press 1954
- GOODNOW, Frank J. The Principles of the Administrative Law of the United States, New York: Putnam's Sons; London: The Knickerbocker Press, 1905
- GORER, Geoffrey Die Amerikaner - deutsch von Harry Kahn Nr. 9 der Reihe "Rowohlt's deutsche encyklopädie", Hamburg: Rowohlt 1956
- GREZA, Gerhard Independent Regulatory Commissions, Diss. Marburg 1953
- GRIFFITH, Ernest S. Wie Amerika regiert wird - deutsch von Harald Braeutigam -, Rheinische Verlagsanstalt Wiesbaden (o.J.)
- HAMED, Abdul Samad Das Prinzip der Gewaltenteilung und die Beaufsichtigung der Regierung durch das Parlament, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 326, Bern: Stämpfli 1957

- HARRIS, Joseph P. "Reflections of a Law Professor on Instruction and Research in Public Administration": An Exchange, in: 48 American Political Science Review 174 - 185 (1954)
- HÖHN, Reinhard Das ausländische Verwaltungsrecht der Gegenwart, Berlin: R.v.Decker's Verlag, G. Schenck, 1940
- HOLMES, Oliver Wendell Collected Legal Papers, New York: Harwurt, Brace & Co. 1921
- The Mind and Faith of Justice Holmes. His speeches, essays, letters and judicial opinions. - Selected and edited by Max Lerner, New York: The Modern Library 1954
- JAFFE, Louis L. Judicial Review: Substantial Evidence on the Whole Record, in: 64 Harvard Law Review 1233 - 1261 (1950/51)
- The Right to Judicial Review, in: 71 Harvard Law Review 401 ff; 769 ff (1957/58)
- JELLINEK, Georg Allgemeines Staatsrecht, Berlin: Springer, 3. Auflage, 5. Neudruck, 1929
- JELLINEK, Walter Verwaltungsrecht, Offenburg; Lehrmittel Verlag, 3. Auflage, unveränderter Neudruck, 1948
- JESCH, Dietrich Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, in: AöR, Band 82 (1957), S. 163 - 249
- JOHNSON, Claudius O. Government in the United States, New York: Thomas Y. Crowell 1952
- KLEIN, Friedrich Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht, in: Wissenschaftliche Schriftenreihe des Institutes zur Förderung Öffentlicher Angelegenheiten, Band 12: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, S. 7 - 78, Frankfurt a.M. 1952
- KÖNIG, Hans-Günther Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im verwaltungsbehördlichen Verfahren, in: DVBl 1959, S. 189 - 196
- LANDIS, James The Administrative Process, New Haven: Yale University Press, 5th printing, October 1947

- LOCKE, John Two Treatises on Civil Government, London: J.M. Dent & Sons; New York: E.P. Dutton, 1924, reprinted 1953
- LOEWENSTEIN, Karl Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin, Göttingen, Heidelberg: Springer 1959
- Staatspolitik und Verfassungsrecht in den Vereinigten Staaten 1933 - 1954, in: JÖR, Band 4 (1955), S. 1 - 154
- MAITLAND, F.W. The Constitutional History of England, Cambridge: University Press 1926
- MARCUSE, Ludwig Amerikanisches Philosophieren, Nr. 86 der Reihe "rowohlts deutsche encyklopädie", Hamburg; Rowohlt 1959
- MAUNZ-DÜRIG Grundgesetz, Kommentar, München, Berlin: Beck 1960
- MEYER, Ernst Typische Unfallursachen im deutschen Straßenverkehr, Band I, S. 7 - 204, sowie Band II
- JACOBI, Ernst
- und
- STIEFEL, Ernst C. Verkehrsgefährdungen im amerikanischen Straf- und Strafprozeßrecht, Band I, S. 215 - 240
- herausgegeben vom Kuratorium "Wir und die Straße", Bad Godesberg (1959).
- von MANGOLDT, Hermann Rechtsstaatsgedanke und Regierungsformen in den Vereinigten Staaten von Amerika, Essen: Essener Verlagsanstalt 1938
- MILL, John Stuart Principles of Political Economy, New York, Bombay: Longmans, Green & Co., New Impression 1904
- MILLER, William A History of the United States, New York: DELL Publishing Co. 1958
- MILLS, George D. The Illinois Administrative Review Act, in: 28 Chicago Bar Association Record 7 ff (1946/47)
- MONTESQUIEU, Charles de Vom Geist der Gesetze - deutsch von Ernst Forsthoff -, 2 Bände, Tübingen: H. Laupp'sche Buchhandlung 1951
- PARKER, Reginald Administrative Law, Indianapolis: Bobbs-Merrill Co. 1952
- PENNOCK, F. Roland Administration and the Rule of Law, New York: Rinehart & Co. 1941
- PORT, Frederick John Administrative Law, London, New York, Toronto: Longmans, Green & Co. 1929

- POWELL Administrative Exercise of the Police Power, in: 24 Harvard Law Review 268 ff (1910/11)
- PRITCHETT, C. Herman The American Constitution, New York, Toronto, London: McGraw-Hill Book Co. 1959
- RADBRUCH, Gustav Anglo-American Jurisprudence through Continental Eyes, in: 52 Law Quarterly Review 530 - 545 (1936)
- Der Geist des englischen Rechts, Heidelberg: Adolf Rausch Verlag, 2. veränderte und erweiterte Auflage 1947
- RHEINSTEIN, Max Das Kollisionsrecht im System des Verfassungsrechts der USA, in: Festschrift für Ernst Rabel, Band I, S. 539 - 589, Tübingen: Mohr 1954
- Besprechung des Buches: ESSER, Joseph: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, in: 24 University of Chicago Law Review 397 - 606 (1956/57)
- ROETTINGER, Ruth Locke The Supreme Court and State Police Power, Washington: Public Affairs Press. 1957
- SCHLESINGER, Rudolf B. Comparative Law, Brooklyn: The Foundation Press, 2nd ed. 1959
- SCHNEIDER, Hans The Right to a Hearing in German Public Law, in: Revista del Instituto de Derecho Comparado, No. 8 - 9 Enero-Diciembre 1957, Barcelona, S. 412 - 420
- SCHULTZE-RHONHOF, Klaus Das rechtliche Gehör im Verwaltungsv erfahren, Diss. Münster 1957
- SCHWARTZ, Bernard An Introduction to American Administrative Law, London: Pitman & Sons, New York: Oceana Publication, 1958
- American Constitutional Law, Cambridge: University Press 1955
- Administrative Law (in 1958), in: 1958 Annual Survey of American Law 92- 110
- SCHWENK, Edmund H. Grundzüge des amerikanischen Verwaltungsrechts, in: DVBl 1958, S. 333 - 338
- SCUPIN, Hans Ulrich Über die Menschenrechte, in: Festschrift für Rudolf Laun zu seinem 70. Geburtstag, Hamburg: Girardet 1959

- SEEHUSEN, A.-W.
SCHWEDE, Th.
NEBE, W.
- SPRECHER, Robert A.
- STEUER, Robert
- STIEFEL, Ernst C.
- STIRNBERG, Joseph
- STONE
- SULLIVAN
- TIEDEMAN, Christopher G.
- TRESOLINI, Rocco J.
- VANDERBILT, Arthur T.
- WARREN, George (ed.)
- WOLFF, Hans J.
- Flurbereinigungsgesetz - Kommentar -
Hamburg: Agricola-Verlag 1954
- Illinois Administrative Law, in: 31
Chicago Bar Association Record 265 -
270; 321 - 330 (1949/50)
- Flurbereinigungsgesetz - Kommentar -
München, Berlin: Beck 1956
- (siehe: MEYER, Ernst und JACOBI, Ernst)
- Die judiziellen Funktionen von Verwal-
tungsbehörden in den USA, Diss. Marburg
1957
- The Common Law in the United States, in:
50 Harvard Law Review 4 - 26 (1936/37)
- Judicial Review in Illinois, in: Uni-
versity of Illinois Law Forum Nr. 2
(1949), S. 304 ff
- A Treatise on the Limitations of the
Police Power in the United States,
St. Louis: Thomas Law Book Co. 1886
- American Constitutional Law, New York:
Macmillan 1959
- The Challenge of Law Reform, Princeton:
University Press 1955
- The Federal Administrative Procedure Act
and the Administrative Agencies, New
York: New York University School of
Law 1947
- Verwaltungsrecht I, München, Berlin:
Beck, 4. Auflage 1961
- Rechtsgrundsätze und verfassungsgestalten-
de Grundentscheidungen als Rechtsquellen,
in: Veröffentlichungen des Instituts für
Staatslehre und Politik e.V., Mainz,
Band 6: Forschungen und Berichte aus dem
Öffentlichen Recht - Gedächtnisschrift
für Walter Jellinek - S. 33 - 52, Mün-
chen; Isar-Verlag 1955
- Der Unterschied zwischen öffentlichem
und privatem Recht, in: AöR, Band 76
(1950), S. 215 - 217

Administrative Procedure Act, Legislative History, 79th Congress, 1944 - 46, 2nd Session, Document No. 248

American Jurisprudence, San Francisco, Calif.: Bancroft-Whitney Co., Rochester, N.Y.: The Lawyers Co-Operative Publishing Co.

Chicago-Kent Law Review, Note in vol. 33 S. 99 ff

Der Föderalist, Herausgeber: Felix ERMACORA, Übersetzer: Kamilla Demmer, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1958

The Illinois Administrative Review Act, in: 42 Illinois Law Review 636 ff (1947)

Illinois Revised Statutes 1955, State Bar Association Edition, Chicago: Burdette Smith Co.

Interstate Trade Barriers, Outlines of Studies, Prepared by: The Marketing Laws Survey, US Department of Commerce, US Government Printing Office, Washington 1942

The Report of the President's Committee on Civil Rights: To Secure These Rights (Civil Rights Report), US Government Printing Office, Washington 1947

Rules of the Road, Printed by Authority of the State of Illinois, Charles F. CARPENTIER, editor

Brief des Secretary of State, State of Illinois, Charles F. Carpentier, vom 6. April 1960 an den Verfasser

State Milk and Dairy Legislation, The Marketing Laws Survey, US Government Printing Office, Washington 1941

Uniform Vehicle Code, Revised 1956, editor: National Committee on Uniform Traffic Laws and Ordinances, Washington

United States Government Organization Manual 1957-58, Revised as of June 1, 1957, Federal Register Division, National Archives and Records Service, General Services Administration, Washington

Verzeichnis der weniger gebräuchlichen

Abkürzungen

ABA	American Bar Association
adm.	administration; administrative
am.	amerikanisch
Am.Jur.	American Jurisprudence
APA	(Federal) Administrative Procedure Act
Ass.	Association
CAB	Civil Aeronautics Board
CBS	Columbia Broadcasting System, Inc.
ch.	chapter
C.J.	Chief Justice
col.	column
Dptm.	Department
FBI	Federal Bureau of Investigation
FCC	Federal Communications Commission
FPC	Federal Power Commission
FRE	Federal Reserve Board
FTC	Federal Trade Commission
ICC	Interstate Commerce Commission
i.r.c.	independent regulatory commission(s)
J.	Journal; Justice
L.	Law
MRVO	Militärregierungsverordnung
NBC	National Broadcasting System
NIRA	National Industry Recovery Act
NLRB	National Labor Relations Board
o.	of
p.	page
Q.	Quarterly
RCA	Radio Corporation of America
Rep.	Report
Rev.	Review; Revised
SEC	Securities and Exchange Commission
sec.	section

Stat.	Statute(s)
TVA	Tennessee Valley Administration
U.	University
US	United States
U.S.C.	United States Code
U.S.C.A.	United States Code Annotated
v.	versus

Die Abkürzungen der einzelnen amerikanischen Staaten entsprechen der in Amerika üblichen Bezeichnung.

Die Zitierweise der amerikanischen Literatur, insbesondere der Gesetzesentscheidungen und der Aufsätze aus den Law Reviews folgt dem üblichen Brauch. Wegen Einzelheiten vergleiche z.B. Tresolini, Constitutional Law, S. 41 - 44.

Das Schrifttum ist in den Anmerkungen mit gekürzten Titeln wiedergegeben.

Einleitung

"... to secure these rights ..."1)

Das Ringen um die bestmögliche Regierungsform, dieses uralte Problem menschlicher Gemeinschaft, fand in den Vereinigten Staaten von Nordamerika von Beginn an seinen Zentralpunkt in der Auseinandersetzung über den Wert, die Freiheit, die Würde und die unverletzlichen und unveräußerlichen Rechte des Individuums in einem solchen Staate. Von hier aus nahm die gesamte staatliche Entwicklung, insbesondere ihre Organisation mit Hilfe einer geschriebenen Verfassung, ihren Ausgang.

Nirgends ist dies klarer zum Ausdruck gekommen als in der Unabhängigkeitserklärung. Nach ihr besteht der Sinn einer Regierung darin, diese unveräußerlichen Rechte des einzelnen zu gewährleisten und zu fördern; darin findet der Staat seine Rechtfertigung und sein letztes Ziel²⁾. Aus dieser Sicht der Rechte des einzelnen erfolgte die Lösung aller notwendigen anschließenden Fragen. Insbesondere war von hier aus zu beantworten, auf welche Weise die Rechte des Individuums innerhalb einer Gemeinschaft bewahrt werden konnten.

In der vorliegenden Untersuchung soll nun aus dem Gesichtswinkel des Verwaltungsrechts dargestellt werden, welchen Weg die amerikanische Nation in Verfolgung dieser Grundprinzipien gegangen ist. Das ist deshalb von aktuellem Interesse, weil gerade auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts die Tätigkeit des Staates seit den Tagen der Gründung der Union in damals noch ungeahntem Ausmaße zu-

-
- 1) aus der Unabhängigkeitserklärung der USA vom 4. Juli 1776 und zugleich Titel eines Berichtes über die Grundrechte in den USA (Civil Rights Report)
 - 2) vgl. den Gedankengang der Unabhängigkeitserklärung: Feststellung gewisser unveräußerlicher Rechte "... We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal; that they are endowed by their creator with certain unalienable rights; that among them, are life, liberty, and the pursuit of happiness," mit dem anschließenden Text "... that, to secure these rights governments are instituted among men ... that whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or abolish it ..."

genommen hat. Diese wachsende Tätigkeit konnte nicht ohne Einfluß auf das Leben und die Rechte des einzelnen bleiben. Gleichwohl sollten aber die Prinzipien unangetastet bleiben, die zum Erlaß der Verfassung mit ihren Verfassungszusätzen geführt hatten. Daß hierbei oftmals widerstreitende Interessen auftraten und ausgeglichen werden mußten, ist eine Erscheinung, die nicht nur dem amerikanischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht eigentümlich ist.

Im folgenden wird daher unter Bildung gewisser Schwerpunkte an einigen Problemen aufgezeigt werden, welchen Einfluß das Wachsen eines neuen Rechtsgebietes gehabt hat, das sich im Hinblick auf die Stellung und die Rechte des Bürgers mehr als alle anderen Gebiete in direkten Einwirkungen auf die Rechtssphäre des einzelnen äußert.

Einführend sei darauf hingewiesen, daß der Angelsachse und besonders der Amerikaner die Probleme, die sich aus dem Spannungsverhältnis ergeben, mit anderen Augen betrachtet als der Jurist des europäisch-kontinentalen Rechtskreises³⁾. Dies ergibt sich aus der Verschiedenheit der Systeme, nach denen die Rechtsordnungen ausgerichtet sind. Das angelsächsische Rechtsdenken, das sein Rechtssystem mit dem Schlagwort "case law" kennzeichnet und es dem "civil law" des Kontinental-Europäers gegenüberstellt, unterscheidet bekanntlich nicht zwischen öffentlichem und privatem Recht. Infolgedessen sind Blickwinkel und Ansatzpunkte, aus denen heraus die Lösung der hier auftretenden Probleme versucht wird, verschieden. Dementsprechend sind auch die angewandten Methoden andere als diejenigen, welche bei Darstellung kontinental-europäischer Rechtsprobleme anzuwenden sind.

Das liegt insbesondere daran, daß sich der Rechtskreis des common law bereits aus den Anfängen heraus in anderer Weise als die kontinental-europäischen Rechtssysteme entwickelte. Diese sind in der Auffassung vom Recht und in der Methodik wesentlich vom römischen Recht geprägt worden. Von ihm stammt die Methode der Deduktion, der Begriffsbildung und der Aufstellung von Systemen überhaupt. Dieser Hang zum abstrakten Begreifen des Rechts ist dem Juristen des case law fremd⁴⁾. Römisches Recht und römisches Rechtsdenken hatten

3) sobald der zu behandelnde Stoff eine bessere Gesamtschau ermöglicht, wird dies im einzelnen noch weiter unten näher erläutert werden, vgl. unter I E, S. 39 ff

4) vgl. auch Wolff, Verwaltungsrecht, § 9 III b, S. 38

für ihn nur geringe Bedeutung, da in England nach anfänglicher Beeinflussung durch die Glossatoren gegen Ende des 13. Jahrhunderts bereits ein einheimischer Juristenstand ausgebildet war, der sich der Übernahme des römischen Rechts mit Erfolg widersetzte⁵⁾. Darum festelte von jeher nicht ein System von Begriffen und rechtlichen Konstruktionen die Aufmerksamkeit des angelsächsischen Juristen, sondern der einzelne Fall in seiner ganz konkreten Problematik⁶⁾. Zu seiner gerechten Lösung bietet der Rechtswissenschaftler sein ganzes Können und Geschick auf. Es liegt ihm jedoch in der Regel fern, aus diesem Fall und aus ähnlichen oder entgegengesetzt gelagerten Fällen ein System zu konstruieren oder dieses System sogar noch durch Kodifikation geschriebenes Gesetz werden zu lassen. Denn nach seiner Ansicht ist das Leben zu vielfältig, als daß es sich in ein System pressen ließe. Die Erfahrung ist realistischer als jedes von Menschen im voraus erdachte Schema⁷⁾. Der angelsächsische Jurist neigt daher dazu - wenn auch vielfach für ihn unbewußt -, die gerechte Lösung für den jeweiligen Einzelfall aus betont teleologisch-pragmatischer Sicht heraus zu finden. Diese Methodik, die nur schwer eine Begriffs- und Systembildung aufkommen läßt, prägt sein juristisches Denken bis auf den heutigen Tag.

Wenn darum die vorliegenden Ausführungen einen Themenkreis behandeln, der nach deutschem Recht dem öffentlichen Recht zugerechnet und dort im wesentlichen in das Gebiet des Verwaltungsrechts eingeordnet wird, so ist zu beachten, daß es im anglo-amerikanischen Rechtskreis den Begriff "Öffentliches Recht" = "Public Law" in dem bei uns verstandenen Sinne überhaupt nicht gibt⁸⁾. Auch das entsprechende Wort für "Verwaltungsrecht" hat als "administrative law" erst sehr spät Aufnahme in die Rechtssprache gefunden.

Will man daher untersuchen, welchen Inhalt diese Ausdrücke nach amerikanischem Recht haben, so ist mit einer Analyse vom Wort her nicht viel gewonnen. Was materiell öffentliches Recht und Verwaltungsrecht ist, wird daher erst aus der Herkunft einzelner, in diesem Zusammenhang vorkommender Begriffe, ihrer Entwicklung und Ver-

5) vgl. z.B. Dulkeit, Römische Rechtsgeschichte, S. 257

6) "Jeder neue Fall ist ein Experiment", Cardozo, The Nature of the Judicial Process, S. 114

7) vgl. Radbruch, Geist des englischen Rechts, S. 72

8) vgl. Wolff, Verwaltungsrecht, § 9 III b, S. 38

wendung verständlich werden können. Für den am case law orientierten Juristen bedeutet dies aber nichts anderes, als an Hand der geschichtlichen Wirklichkeit die Reihe von Fällen zu untersuchen, die erst das Wort administrative law mit Leben ausfüllen. Mehr als in jedem anderen Rechtskreis ist daher das amerikanische Verwaltungsrecht von der jeweiligen historischen Situation geprägt, aus der heraus sich die einzelnen Fälle entwickelt haben und in der sie gelöst worden sind. Darum sind der zu entscheidende Fall und seine aus der Neigung zum pragmatischen Denken gefundene Lösung, die die Substanz jedes Rechtsgebiets darstellen, ohne die sie umgebende geschichtliche Wirklichkeit nur schwer verständlich.

Diese Wechselbeziehungen zwischen Geschichte, Einzelfall und anglo-amerikanischer Denk- und Lösungsmethode haben auch das Verhältnis zwischen zunehmender staatlicher Betätigung und bürgerlichen Freiheitsrechten wesentlich mitbestimmt.

Darum ist das erste Kapitel dieser Untersuchung den grundlegenden Problemen gewidmet, die dem amerikanischen Verfassungs- und Verwaltungsrechtler durch das Aufkommen des neuen Rechtsgebietes "Verwaltungsrecht" entgegentraten. Es zeichnet im einzelnen die größeren Entwicklungsstufen nach, die der moderne Staat und das mit ihm wachsende Verwaltungsrecht durchlaufen haben. Es soll die Schwierigkeiten erkennen lassen, die dem verwaltenden Staat aus der übersteigerten individualistischen Staats- und Wirtschaftsstruktur erwachsen. Ferner wird aufzuzeigen sein, in welcher Weise sich das Verwaltungsrecht innerhalb des bestehenden Rechtssystems einen Platz eroberte, ohne daß dabei der Blick auf das Individuum aufgegeben wurde, oder besser, wie wesentliche Merkmale dieses Rechtsgebiets gerade im Hinblick auf diesen Grundzug amerikanischen Denkens geformt wurden.

Auf diesem allgemeinen Hintergrund der Beziehungen eines sich bildenden modernen Verwaltungsstaates zu den Rechten des Individuums soll Kapitel II an den Prinzipien der Gewaltengliederung und des due process zeigen, in welcher Weise auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrensrechts die Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen zunehmender staatlicher Betätigung und bürgerlichen Freiheitsrechten im einzelnen angestrebt wurde.

Der Abhandlung liegt vorwiegend Literatur zugrunde, die inzwischen auch in Deutschland verfügbar ist oder doch in absehbarer Zeit sein wird. Gleichwohl konnte der Rückgriff auf hier nicht zugängliche

Veröffentlichungen sowie auf sogenannte Sekundärliteratur nicht völlig unterbleiben. - Die angeführten Entscheidungen sind fast durchweg in den auch durch deutsche Bibliotheken zugänglichen amtlichen Sammlungen nachzulesen oder in einem der Lehr- oder Fallbücher abgedruckt bzw. besprochen.

Einer Anregung von Geck folgend⁹⁾ wurden die im amerikanischen Recht gebräuchlichen Fachausdrücke nicht zu übersetzen versucht, da dies mangels völliger Deckung mit deutschen Begriffen unmöglich ist. Die beigelegten ungefähr entsprechenden deutschen Begriffe dienen nur der ersten Orientierung.

Um schließlich die Darstellungsweise möglichst anschaulich zu gestalten, wurden zahlreiche Zitate in englischer Sprache wiedergegeben oder zumindest in den Anmerkungen auf englisch übernommen. Das Bestreben war, auf diese Weise den Stand der Meinungen aus der amerikanischen Rechtsprechung und Literatur unmittelbar wiederzugeben, als dies auch durch eine gute deutsche Übersetzung oder Umschreibung möglich wäre.

9) Besprechung, S. 107

Kapitel I

Herkunft und Entwicklung des amerikanischen Verwaltungsrechts

"Necessity is the mother of discovery."¹⁾

Eines der interessantesten Kapitel amerikanischer Rechtsgeschichte ist die Entwicklung desjenigen Komplexes, den man heute gemeinhin mit Verwaltungsrecht bezeichnet²⁾. Unmerklich hat es begonnen, und während es bereits seine Arme weit ausgestreckt hatte, wußte man noch nicht einmal einen richtigen Namen für diese seltsame Erscheinung, geschweige denn, daß man seine Eigenart erkannt hätte oder daß man begann, sich mit seiner zunehmenden Problematik systematisch auseinander zu setzen. Es ist die Geschichte eines Riesen, dessen Macht man nicht erkennen konnte oder wollte und dessen Tätigkeit auch so schlecht zu erkennen war, weil sein Einfluß sich auf so zahlreichen, scheinbar nicht zusammenhängenden Gebieten und oftmals in den verschiedensten Erscheinungsformen bemerkbar machte. Dies erschwerte eine Gesamtwürdigung. Es ist der Bericht von den mahnenden und nicht beachteten frühen Rufen und dem jähen Erwachen, dem Ringen mit Überlieferten (und vielfach nur deshalb verehrten) Anschauungen und dem Bemühen, diesen "neuen Despoten"³⁾, als den man das Verwaltungsrecht ansah, zu bändigen.

Dabei soll von Anfang an auf eine Verbindung hingewiesen werden, die für die Betrachtung dieser Probleme immer von entscheidender Bedeutung war: wachsendes Verwaltungsrecht bedeutet zunehmende Verwaltungstätigkeit, zunehmende Verwaltungstätigkeit bedeutet zunehmenden Einfluß des Staates auf das Leben des einzelnen oder auf Gruppen von einzelnen, bedeutet wachsende Gefahr einer unzulässigen Einschränkung der Freiheitssphäre und einer schließlich tödlichen Bürokratisierung des gesamten Lebens. Verwaltungsrecht und Individuum, Verwaltungsrecht und Freiheit sind Zusammenhänge, die in Amerika nicht systematisch getrennt werden⁴⁾.

-
- 1) Justice Frankfurter in: The Task of Adm.L., S.616 mit Bezug auf die Entwicklung des Verwaltungsrechts
 - 2) Eine genaue Definition des Wortes "Verwaltungsrecht" kann erst weiter unten nach näheren Untersuchungen gegeben werden
 - 3) Lord Hewart, The New Despotism, London: Ernest Benn, 1929
 - 4) "Continued growth of bureaucracy will mean the doom of democracy, the destruction of all progress, the complete bankruptcy of free government and eventually will lead to facism or some other form of totalitarianism", so Boyd, zitiert in Gellhorn, Adm.Proceedings, S. 1

A. Die Anfänge

"He didn't do nothin', but that's what we wanted done."⁵⁾

Am 31. Juli 1789, im Jahre der französischen Revolution, wurde vom amerikanischen Kongreß ein Zollgesetz erlassen, das den Zoll auf Importgüter und die damit zusammenhängende Tätigkeit der Zollbehörde regelte. Wenige Wochen später wurde durch Gesetz vom 29. September 1789 eine Verwaltungsstelle für die Kriegsopferversorgung ins Leben gerufen. Zu dieser Zeit ahnte wohl niemand in den jungen Staaten, daß dies die Anfänge einer Entwicklung sein würden, die ein nicht für möglich gehaltenes Ausmaß annehmen sollte. Die dreizehn Staaten, die sich soeben nicht ohne Schwierigkeiten zu einer Union zusammengeschlossen hatten und ihre gegenüber England erstrittene Unabhängigkeit nunmehr behaupten wollten, waren zunächst und in der Hauptsache von dem einen Gedanken getragen, daß diejenige Regierung die beste sei, die am wenigsten regiere⁶⁾. Der negative Staat⁷⁾ war das Ideal des Bürgers, jenes Bürgers, der um der Freiheit von einem Übermaß an staatlichem Zwang willen seine alte Heimat verlassen und seine neue erobert und verteidigt hatte. Das gebrannte Kind scheute das Feuer, und die einzige Rolle, die man wohl oder übel der Regierung zubilligen mußte, war der Rolle eines Nachtwächters vergleichbar⁸⁾; sie war durch die Aufgabe bestimmt, darüber zu wachen, daß diese so bitter erkämpfte Freiheit des einzelnen nicht von innen her durch die Mitbürger gestört oder durch Angriffe von außen gefährdet wurde.

Eine solche Auffassung bietet für die in der vorliegenden Arbeit anzustellenden Untersuchungen nur wenige Anhaltspunkte für eine besondere Problematik. Denn solange man dem Staate nur mit äußerster Zurückhaltung Aufgaben und Tätigkeiten zuwies, kann von einer ausgeprägten Staatsverwaltung noch keine Rede sein. Und im Grunde genommen gab es auch tatsächlich noch nicht allzu viel zu verwalten, so daß der Staat nur wenig Grund hatte, dem einzelnen über das hinaus Vorschriften zu machen, was nicht bereits durch

5) Sprichwort, bezogen auf die Aufgabe eines Präsidenten der USA, zitiert bei Johnson, Government, S. 328

6) in den ersten Jahrzehnten viel benutzte Redensart

7) vgl. Carstens, Am. Verfassung, S. 11

8) vgl. v. Mangoldt, Rechtsstaatsgedanke, S. 132; Hamed, Gewaltenteilung, S. 104

Straf- und Zivilrecht geregelt war. Als sich die Vereinigten Staaten in der Union zusammenschlossen, wiesen sie eine Bevölkerung von ca. 3,9 Millionen Einwohnern auf, die zu 90 % in kleinen Siedlungen verstreut als Einzelfarmer lebten. Die großen Städte hatten ihren späteren gewaltigen Aufstieg noch nicht angetreten. Was gelegentlich in diesen ursprünglichen Agrarstaaten an Verwaltungsangelegenheiten anfiel, das übertrug man getrost auf bestehende Institutionen, wobei sich das Gerichtswesen mit seinen Beamten anbot.

So hatte z.B. Maryland im Jahre 1781 ein Gesetz erlassen, das den Betrieb von Fährn regeln sollte und in dem im einzelnen der Fahrpreis für die Passagiere, Pferde und sonstigen beförderten Güter sowie die Anzahl der zugelassenen Fährboote und der anzustellenden Hilfskräfte vorgeschrieben waren. Den Erlass der näheren Ausführungsbestimmungen und die Überwachung übertrug man Gerichten (country courts)⁹⁾.

Nichts anderes war man von England her gewohnt, dessen Rechtssystem ja in Amerika übernommen wurde. Auch in England herrschte auf lange Zeit die Neigung vor, auftauchende "Verwaltungs"-Aufgaben nicht etwa der Exekutive, sondern entweder den Gerichten oder gerichtssähnlichen Behörden (courts of record) anzuvertrauen¹⁰⁾. Erst allmählich - und in Amerika früher als in England - lösten sich die Verwaltungsaufgaben von der Justiz und wurden der Exekutive untergeordnet oder aber - wie im Falle der amerikanischen unabhängigen Kommissionen - neben sie eingeordnet¹¹⁾.

Die Regierung hatte in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts außerdem auch andere Sorgen, als durch umfassende Verwaltungsmaßnahmen auf das Leben ihrer Bürger einzuwirken. Sie machte sich statt dessen Expansionsdrang, Freiheitstrieb, Unternehmmergeist und Wagemut ihrer Bürger zunutze, um die sich in raschem Tempo erweiternden Grenzen des Kontinents mit Menschen aufzufüllen¹²⁾. Es war die große Zeit der Entdeckungen, des unsteten Wanderlebens, des rastlosen

9) vgl. Gellhorn, Adm. Proceedings, S. 3

10) vgl. Freund, Adm. Powers, S. 10, 578 ff; Jaffe, Right to Judicial Review, S. 404

11) Damit verlief die Entwicklung in England und den USA anders als in Deutschland, wo sich die Verwaltung von der Justiz bereits zu Anfang des Mittelalters gelöst hatte.

12) Bereits 1803 wurden durch den Louisiana-Kauf die Grenzen im Norden bis zu den Rocky Mountains ausgedehnt; um die Mitte des Jahrhunderts war die Expansion im wesentlichen abgeschlossen.

Weiterziehens von Hof zu Hof immer weiter nach Westen, gefolgt von Händlern, Industriellen und neuen Strömen von Einwanderern, es war die Ära des überfließenden Tatendranges, es war die Geburtsstunde des Yankees¹³⁾.

Verkehr wurde eine Lebensnotwendigkeit. Die Anlage von Eisenbahnen und damit die Eroberung des Kontinents wurde durch großzügige Gewährung von Land in den neuen Gebieten unterstützt. Und so wurden aus den anfänglich 14 Meilen Eisenbahn im Jahre 1828 3.000 im Jahre 1840 - womit Amerika bereits an die Spitze vor alle anderen Staaten der Welt trat - und 163.000 Meilen im Jahre 1890. Im Jahre 1860 war ein Viertel des gesamten amerikanischen Kapitals in Eisenbahnen investiert¹⁴⁾.

Der Übergang vom Agrar- zum Industriestaat hatte begonnen. Wilde Spekulationen, besonders in Eisenbahnaktien, mörderische Konkurrenz zwischen Parallelstrecken und exorbitante Frachtsätze auf Linien ohne Konkurrenz schrien um Abhilfe. - In der gleichen Zeit wuchsen die Städte über die 100.000 Einwohnergrenze in die Million (New York um 1860), riefen die Bewohner der übervölkerten Wohnbezirke um Hilfe. Der Staat konnte jetzt nicht mehr tatenlos zusehen. Städte wie New York schufen ihre ersten Gesundheitsgesetze und -behörden mit weitreichenden Befugnissen. Erste Versuche einer Regulierung des Wirtschaftslebens ließen nicht lange auf sich warten. Sie begannen da, wo sich der wirtschaftliche Konkurrenzkampf am lautesten und ungehörigsten austobte; bei den Eisenbahnen. Bereits 1869 hatte Massachusetts und zwischen 1870 und 1875 hatten einige Staaten des mittleren Westens auf den Druck der auf die Bahnen angewiesenen Farmer versucht, durch Gründung von Eisenbahnkommissionen die inzwischen zu großer wirtschaftlicher Blüte gelangten Eisenbahngesellschaften unter eine gewisse Kontrolle zu bringen¹⁵⁾. 1887 war es so weit, daß der Bund durch den Interstate Commerce Act und die Gründung der Interstate Commerce Commission (ICC) die Angelegenheit in eigene Hände übernahm und damit ein Beispiel von damals noch ungeahnter Ent-

13) "We Yankees ... are born in a hurry, educated at full speed, our spirit is as high as our pressure, and our life resembles a shooting star, till death surprises us like an electric shock", Constance ROURKE, zitiert in Miller, History, S. 183

14) Miller, History, S. 186, 223 f; Stirnberg, Verwaltungsbehörden, S. 10

15) durch die sog. Granger-Laws

wicklungsfähigkeit setzte¹⁶⁾.

Völlig neu war eine solche Kommission nicht; staatliche Verwaltungsbehörden kannte man schon seit geraumer Zeit¹⁷⁾. Was mit Gründung der ICC jedoch begonnen und durchgeprobt wurde, sollte in zweifacher Hinsicht von grundlegender Bedeutung werden. Ein ganzes Wirtschaftsgebiet von derartigem Umfang wurde unter betonter Verfolgung bestimmter wirtschaftspolitischer Ziele einer staatlichen Regelung unterworfen, die im Verlaufe der Jahre aus bescheidenen Anfängen heraus stetig an Umfang zunahm. Zum anderen wurde diese Tätigkeit einer unabhängigen Kommission übertragen.

Der zehn Jahre zuvor entschiedene Fall Munn v. Illinois¹⁸⁾ hatte den Anfang gemacht. Er sprach dem Staate unter Hinweis auf ein berechtigtes Interesse der Öffentlichkeit an gewissen Privatunternehmen und unter Berufung auf anerkannte hergebrachte Regeln des common law das Recht zu, die Höhe der Gebühren für die Benutzung der Getreidelagerhäuser in Chicago zu bestimmen. Damit war ein Recht des Staates zu einem regulierenden Eingriff von bedeutendem Umfange in das sich entwickelnde moderne Wirtschaftsleben anerkannt. Von hier aus verläuft eine klar verfolgbare Linie zu den Kartell-, Wettbewerbs-, Bank-, Börsen- und Versicherungsgesetzen der folgenden Jahrzehnte.

Wohl hatten zuvor bereits einige Staaten Gesetze bzgl. des Bank-¹⁹⁾ und Versicherungswesens²⁰⁾ und der public utilities²¹⁾ sowie anderer Betriebe erlassen, die nach common law unter den Gesichtspunkten "affected with public interest" fielen²²⁾. Ihr Einfluß war jedoch bisher nicht als sehr schwerwiegend empfunden worden, da er sich meist auf eine Überwachung durch Erteilung von Betriebsgenehmigungen oder höchstens auf gelegentliche spätere Überwachungen (z.B. bei

16) hierzu vgl. auch Bissing, Verkehrspolitik, S. 33 - 36. Diese Entwicklung gipfelt dann in der Antitrust-Gesetzgebung Th.Roosevelts, deren Höhepunkt 1904 erreicht ist.

17) Ruckhüberle in: Höhn, Ausländisches Verwaltungsrecht, S. 324 zählt z.B. für den Staat Mass.u.a. commissions auf bzgl.: Erziehung (1837), Bankwesen (1838), Landwirtschaft (1853), Versicherungswesen (1855), Krankenwesen (1863), Fischerei- und Jagdwesen (1866), Gesundheitswesen (1869)

18) 94 US 113 (1877)

19) z.B. N.Y. 1838, vgl. Freund, Adm.Powers, S. 365

20) z.B. N.Y. 1859, vgl. Freund, Adm.Powers, S. 381

21) Öffentliche Versorgungsbetriebe, wie Gas, Wasser, Strom, Linienverkehr im Ortsbereich usw., vgl. Freund, Adm.Powers, S. 304, 326 f

22) z.B. auch die Spediteure, Fährleute, Müller und neuerdings auch monopolähnliche Großbetriebe wie die bereits erwähnten Getreidelager, vgl. Freund, Police Power, S. 381

Gastwirten) beschränkte, keineswegs aber als Ausdruck einer aktiven, vorwärtsschauenden, gestaltenden staatlichen Verwaltungstätigkeit gewertet werden konnte.

Dem einzelnen legte man in seiner privaten Sphäre gewisse Beschränkungen auf, soweit er sog. "gefährlichen" Berufen nachging, z.B. dem Arzt, Schlosser, Elektriker, Frisör usw. Diesen Personen wurde die Ausübung ihres Gewerbes nur gegen Lizenz (Erlaubnis) gestattet. Ähnlich verfuhr man mit Trödlern, Pfandleihern und Geschäften wie Spirituosenhandlungen nebst Schankwirtschaften²³⁾. Grundsätzlich wurde jedoch das Recht zur ungehinderten Berufsausübung als solcher als natürliches und absolutes Recht angesehen²⁴⁾. Der Bürger erfreute sich einer unbeschränkten Freiheit, in der der bewußt hochgehaltene Grundsatz des "laissez-faire" galt, wie ihn Herbert Spencer in die Worte faßte:

"Every man may claim the fullest liberty to exercise his faculties compatible with the possession of like liberties by every other man." 25)

und wie es Tiedeman in anderer Form ausdrückte:

"Any law that goes beyond that principle (gemeint ist: sic utere tuo ut alienum non laedas), which undertakes to abolish rights the exercise of which does not involve an infringement of the rights of others ... is governmental usurpation." 26)

Aus der Fülle der Beispiele, wie sie uns aus dem Schrifttum und der Rechtsprechung jener Tage begegnen, sei noch folgendes herangezogen:

Als im Jahre 1885 in New York die Herstellung von Zigarren in Heimarbeit erlaubnispflichtig gemacht werden sollte, wandte sich das Gericht entschieden gegen diese angebliche Kühnheit des Gesetzgebers. Es stellte fest, daß ein solcher Eingriff in die Privatinitiative ein schlechtes Vorbild für weitere Eingriffe abgeben könnte und man dann nicht mehr weit von dem Tage entfernt sei, an dem der Staat den Bau von Häusern überwacht, Preise und Löhne und am Ende sogar Essen und Kleidung der Bürger vorschreiben werde:

23) In Nebraska bedurfte es 1881 lediglich zur Ausübung folgender Gewerbe einer Genehmigung: Trödler, Spirituosenhändler, Grundstücksmakler, vgl. Interstate Trade Barriers, S. 92; für die Zeit um die Jahrhundertwende vgl. Aufzählung bei Powell, Police Power, S. 271 f

24) vgl. Freund, Legislative Regulation, S. 114

25) Social Statics, S. 94, zitiert in Tiedeman, Police Power, S. 67

26) Tiedeman, Police Power, S. 4

"Such governmental interferences disturb the normal adjustment of the social fabric and usually derange the delicate and complicate machinery of industry and cause a score of evils, while attempting the removal of one." 27)

Sehen wir somit hier die laissez-faire-doctrine gewissermaßen in Reinkultur, so klärt uns Tiedeman auch über die tieferen, mitbestimmenden Hintergründe einer solchen Haltung auf:

"The demands of the Socialists and Communists insist upon the assumption by government of the paternal character altogether ... the conservative classes stand in constant fear of the advent of an absolutism more tyrannical and more unreasoning than any before experienced by man." 28)

Tiedeman machte es sich wie viele seiner Zeitgenossen recht einfach, indem er die lauter werdenden Forderungen nach einem Einschreiten der Regierung gegen offensichtliche Mißstände, insbes. auf dem Gebiete der sozialen Verhältnisse, als schlechthin sozialistisch oder kommunistisch und bevormundend abtat. Aus seinen Worten spricht die Unwissenheit von den wahren Vorgängen und Verhältnissen in einem freien, unkontrollierten Wirtschaftssystem. Er ist von der Richtigkeit der hergebrachten Auffassung überzeugt, daß der freie Wettbewerb und Ausgleich der Kräfte sowie das durch Jahrhunderte bewährte Rechtssystem des common law eine genügende Sicherung biete, auf jeden Fall aber eine bessere, als ein darüber hinaus gehender Eingriff des Staates sie schaffen könne²⁹⁾. Zu einer Zeit, als schätzungsweise zwischen 10 und 20 Millionen in bitterster Armut und unter unwürdigen Verhältnissen leben mußten, weil ihnen der erbarmungslose Existenzkampf einen besseren Lebensstandard verweigerte, verkündete der bekannte Soziologe William Graham Sumner von der Universität Yale der Öffentlichkeit, es liege kein Grund zur Beunruhigung vor³⁰⁾. Unverständnis ist das kennzeichnende Merkmal der amerikanischen öffentlichen Meinung gegenüber den Mißständen in einer sich rapide ausdehnenden menschlichen Gesellschaft auf dem nunmehr enger werdenden Kontinent vor allem im Osten des Landes, der zunehmenden industriellen Entwicklung und allen ihren

27) In re Jacobs, 98 N.Y. 98, 114 (1885), besprochen in: Interstate Trade Barriers, S. 92

28) Tiedeman, Police Power 1886, S. VI f

29) vgl. z.B. "the well-known authority on railroads", Prof.A.T. Dedley of Yale in seiner Stellungnahme gegen den Interstate Commerce Act, der mehr Schaden anrichte, als er beheben könne, - 50 Harvard L.Rev. 99, zitiert in Landis, Adm.Process, S. 89; vgl.auch Mill, Political Economy, book V, ch. XI, § 5, S.571: "The great majority of things are worse done by the intervention of government."

30) vgl. Miller, History, S. 339

Folgen für die Wirtschaft sowie für das menschliche Miteinanderleben in einem Millionenstaate. Unbeschwert wurde die Lehre Darwins von der natürlichen Auslese der Besten aus der Biologie auf das menschliche und wirtschaftliche Leben übertragen, ganz entsprechend dem ahnungslosen, robusten Optimismus des Grenzers jener Tage, oder, um es philosophischer auszudrücken:

"There cannot be more good done than of letting social progress go unhindered and immensity of mischief may be done in ... the artificial preservation of those least able to care for themselves." 31)

Bei dieser Grundeinstellung über die Rolle des Staates nimmt es nicht weiter wunder, daß man Erscheinungen des Verwaltungsrechts voller Unverständnis gegenüber stand. Die einzige Tätigkeit des Staates hatte sich auf die negative Aufgabe zu beschränken, innerhalb der staatlichen Gemeinschaft ein freies Spiel der Kräfte im Sinne des laissez-faire zu gewährleisten. Diese Aufgabe war nach Ansicht der maßgebenden Kreise - und auch in praxi - so unbedeutend, daß man ihr kaum Beachtung zu schenken brauchte. Für die bewußte Entwicklung eines Verwaltungsrechts, in welchem in der Regel die staatliche Tätigkeit ihren Niederschlag findet, war daher kein Raum. Zu einer Zeit, als in Deutschland und Frankreich das Verwaltungsrecht bereits einen eigenen Platz im Rechtssystem erobert hatte, konnte daher der berühmte englische Gelehrte Dicey mit einem Unterton von Selbstgerechtigkeit feststellen:

"In England and in the countries which like the United States derive their civilization from English sources, the system of administrative law and its very principles upon which it rests are in truth unknown." 32)

Vorausschauenden Köpfen, die es gewagt hatten, Vergleiche auf diesem Gebiete mit Frankreich und Deutschland anzustellen, wurde die Rüge erteilt, durch fremde, kontinentale Ideen infiziert worden zu sein³³⁾.

Die Frage nach dem rechten Verhältnis zwischen staatlichem Einfluß und individueller Freiheit aus dem Gesichtspunkt eines wachsenden Verwaltungsrechts und zunehmender staatlicher Tätigkeit konnte daher im 19. Jahrhundert und bis ins 20. Jahrhundert hinein noch nicht als besonderes Problem ernsthaft diskutiert werden.

31) Spencer, zitiert nach Miller, History, S. 289; vgl. auch Durant, Die großen Denker, S. 370 f

32) Law of the Constitution, 1885, S. 180, zitiert nach Davis, Adm.L., S. 5 Anm. 13

33) vgl. Landis, Adm. Process, S. 2 f

B. Drängende Anzeichen und frühe Mahnungen

"Historic backgrounds, constitutional precedents and the traditions of the fathers will be appealed to in vain as against a determined desire for an extension of the powers of government." 1)

Hatte man das Verwaltungsrecht in seinen spezifischen Eigenarten - als andersartige und tunlichst auch anders zu behandelnde Erscheinung - nicht erkannt oder aber bewußt verleugnet, so war sein Vordringen doch nicht aufzuhalten. Das Wort "administrative law" war für den konservativen Juristen zwar verdächtig oder tabu und daher möglichst zu ignorieren. Das Verwaltungsrecht selbst erwuchs aber dennoch aus der Praxis und breitete sich mehr und mehr aus. So nahm z.B. die Überwachung der public utilities durch die öffentliche Hand stetig zu. Nach dem Vorbild der ICC wurden von 1900 bis 1909 für zahlreiche Gebiete zwischen 100 bis 200 Kommissionen jährlich ins Leben gerufen. Selten traten die Parlamente der Einzelstaaten zusammen, ohne daß nicht zugleich eine ganze Reihe solcher boards, commissions oder agencies gegründet wurde²⁾. Damit begann sich die staatliche Tätigkeit auf zahlreiche Sachgebiete zu erstrecken, die bis dahin von der eingreifenden Verwaltung nicht betroffen worden waren. Das ging nicht ohne Reibungen ab, die sich letztlich in den Entscheidungen der Gerichte widerspiegelten. Besonders deutlich ist die Reaktion auf den zunehmenden staatlichen Einfluß im Bereich der Arbeits- und Sozialgesetzgebung feststellbar. Die fürsorgende Tätigkeit des Staates wurde anfänglich gerade hier als unzulässiger Eingriff in die bisher streng bewahrte Vertragsfreiheit des einzelnen und als unwürdige Bevormundung angesehen. Diese Entwicklung, die im wesentlichen etwa ein Jahrzehnt vor der Jahrhundertwende begann und erst unter F.D. Roosevelt einen gewissen Abschluß fand, ist beispielhaft für alle Gebiete, die der moderne Staat in seine fürsorgende und verwaltende Tätigkeit einbezogen hat. Sie soll daher im folgenden kurz betrachtet werden.

1) Pound in: Freund et al., Growth, S. 107

2) Ruckhäberle in: Höhn, Ausländisches Verwaltungsrecht, S. 253

1. Das Beispiel der Sozialgesetzgebung

Die neuen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse, die die rapide industrielle Expansion mit sich brachte, hatten manchen fortschrittlichen Einzelstaat bereits zu umfassenden Gesetzen veranlaßt. So erging z.B. gesetzliche Vorschriften über tägliche Arbeitszeiten, zunächst für Frauen und Kinder, später auch für Männer, ferner über Mindestlöhne und Überstundenvergütung. Im Jahre 1901 gründete der Geistliche Edgar G. Murphy in Montgomery, Alabama, das erste child labor committee. 1904 wurde ein National Child Labor Committee gebildet, das bereits fünf Jahre nach seiner Entstehung voller Genugtuung darauf verweisen konnte, daß in 43 Einzelstaaten Vorschriften zur Kinderarbeit (Arbeitszeit, Arbeitsbedingungen, Mindestalter) erlassen worden waren.

Dies war für damalige Verhältnisse ein beträchtliches Wagnis, ein Eingriff in die eifersüchtig gehütete Vertragsfreiheit von Unternehmern und Arbeitern. Soweit man in diesen Gesetzen ein Mittel sah, die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch die Erhaltung der Gesundheit der betroffenen Arbeiter zu schützen, boten diese Gesetze von der verfassungsmäßigen Seite her gesehen im allgemeinen keine besonderen Probleme: Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung war und ist von je her ein Gebiet, in das einzugreifen der Einzelstaat ein legitimes Interesse hat, auch wenn dadurch dem einzelnen Bürger Einschränkungen auferlegt werden. Soweit es sich um Bundesrecht handelte, gründete man es formell auf die Befugnis, Gesetze betreffend den zwischenstaatlichen Handel zu erlassen³⁾. Dies waren jedoch nur die äußeren Ansatzpunkte. Denn im Grunde ging es nicht um den zwischenstaatlichen Handel, auch nicht allein um die Sicherheit am Arbeitsplatz oder um die Gefährdung in gesundheitlich besonders anfälligen Berufen, wie z.B. bei Bergarbeitern oder Bäckern, auch nicht um Gefahren für bestimmte Personengruppen wie Frauen und Kinder. Es ging vielmehr um die grundsätzliche Frage, ob dem Staat ein Mitspracherecht auf dem Gebiete des Arbeitsvertrages und der Arbeitsbedingungen überhaupt zustehe, und zwar auch dann, wenn nicht zwischenstaatlicher Handel oder öffentliche Sicherheit, sondern "nur"

3) Art. I sec. 8 (3) der Verfassung; vgl. Hammer v. Dagenhart, 247 US 251 (1918). Dies Verfahren bedeutete den mißglückten Versuch, auf Bundesebene dem Problem der Kinderarbeit über die commerce-clause beizukommen.

die soziale Not des nicht geschützten und damals nur mangelhaft organisierten, jedenfalls machtlosen Arbeitnehmers es verlangte. Bei einer vordergründigen Betrachtungsweise umgingen die Gerichte das eigentliche Problem jener Zeit, das man mit dem Ausdruck "soziale Frage" umreißt. Die Frage: "Wie weit darf der Staat in das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte zugunsten einer bestimmten Gruppe eingreifen?" blieb vom Grundsatz her unbeantwortet.

Am Beispiel der Arbeitszeit- und Lohngesetzgebung zeigte sich, wie sich die Geister schieden. In einer 5:4 Stimmenentscheidung hielt der Supreme Court im Jahre 1905 ein Gesetz aus New York, das die Arbeitszeit für Bäcker auf 60 Stunden pro Woche festsetzte, für einen unzulässigen Eingriff in die Vertragsfreiheit⁴⁾. Als gültige und berechtigte Regelung war dagegen sieben Jahre vorher ein Gesetz in Utah angesehen worden, das die Arbeitszeit für Bergleute auf 8 Stunden festsetzte; eine solche Regelung sah man aus dem Gesichtspunkt eines notwendigen Schutzes der unter schweren Arbeitsbedingungen schaffenden Arbeiter als zulässig an⁵⁾. Ein ähnliches Gesetz wurde dagegen um die Jahrhundertwende in Colorado für ungültig erklärt, so daß man sich angesichts dieser Haltung des Gerichts gezwungen sah, die Landesverfassung zu ändern⁶⁾. Ebenso war es 1893 bereits einem Gesetz in Illinois ergangen, das die Arbeitszeit für Frauen auf 48 Stunden in der Woche bzw. 8 Stunden täglich begrenzte⁷⁾. Ein entsprechendes Gesetz, das allerdings 60 Arbeitsstunden wöchentlich für Frauen einführte, hielten die Obersten Gerichtshöfe in Massachusetts und in Nebraska für mit der Verfassung vereinbar⁸⁾. Aus dem Gesichtspunkt der Gesundheit und Moral anerkannte der Supreme Court ein Gesetz aus Oregon als verfassungsmäßig⁹⁾. Ähnliche Arbeitszeitregelungen bestanden in Georgia, South Carolina, Pennsylvania

4) *Lochner v. N.Y.*, 198 US 45 (1905)

5) *Holden v. Hardy*, 169 US 355 (1898)

6) *Re Morgan*, 26 Colo. 415; amendment of the Colorado Constitution adopted November 1902; vgl. Freund, *Police Power*, S. 121

7) vgl. Freund, *Police Power*, S. 297

8) *Commonwealth v. Hamilton Manufacturing Co.*, 120 Mass. 383 (1876); *Wenham v. State*, 91 NW 421, vgl. Freund *Police Power*, S. 295

9) *Muller v. Oregon*, 208 US 412 (1908); vgl. auch den erst viel später entschiedenen *Fall West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 US 379 (1937): "What can be more of public interest than the health of women ...?"

und Missouri (Ziegeleien, Spediteure) sowie in Utah und Colorado (Bergarbeiter)¹⁰⁾. Nebraskas Versuch, generell einen Achtstunden-Tag einzuführen, scheiterte¹¹⁾. Die Zeit für solche Maßnahmen war noch nicht reif. Erst der sich unter wohlwollenderer Gesetzgebung entfaltenden gewerkschaftlichen Bewegung nach 1932 sollte die Erreichung dieses Zieles vorbehalten bleiben¹²⁾.

Abgesehen von ganz besonderen Verhältnissen, wurde die Festsetzung von Mindestlöhnen für offensichtlich verfassungswidrig angesehen. Die Verfassung von Louisiana bestimmte dies sogar ausdrücklich¹³⁾. Lediglich die Gesetze über eine Unfallversicherung wurden nach einigem Zögern als verfassungsmäßig anerkannt¹⁴⁾. Zu einer Zeit jedoch, als in Deutschland im Hinblick auf den bereits unter Bismarck eingeführten und inzwischen eingespielten weitgehenden Sozialversicherungsschutz die soziale Frage in den Parlamenten und in der Öffentlichkeit diskutiert und eine Lösung versucht wurde, herrschte in Amerika noch eine weitgehende Unsicherheit der öffentlichen Meinung gegenüber diesen Gesellschaftsproblemen. Freund hielt z.B. die Einführung einer staatlichen sozialen Alterspflichtversicherung für ohne Zweifel verfassungswidrig, obgleich er unter Hinweis auf das deutsche Vorbild einer solchen Einrichtung durchaus nicht abgeneigt gegenüber stand¹⁵⁾. Den "oberen Pegelstand"¹⁶⁾ dieses Unverständnisses gegenüber den Notwendigkeiten der modernen sozialen und wirtschaftlichen Gegeben-

10) Freund, Police Power, S. 301

11) Laws 1891, ch. 54; Low v. Rees Printing Co., 41 Neb. 127; vgl. Freund, Police Power, S. 301

12) bzgl. der Entwicklung der arbeitsrechtlichen und insbesondere der gewerkschaftlichen Fragen im einzelnen vgl. i.d. deutschen Literatur Greza, Independent Regulatory Commissions, insbes. S. 10 - 25, sowie Fraenkel, Richterliches Prüfungsrecht, insbes. S. 58 ff

13) berichtet bei Freund, Police Power, S. 303

14) "The cost of the product should bear the blood of the working man"; vgl. im einzelnen v. Mangoldt, Rechtsstaatsgedanke, S. 94 - 101; Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 16

15) Freund, Police Power, S. 459 ff unter Hinweis auf eine Entscheidung des Supreme Court of Ohio (p.463), durch die eine Pflichtversicherung für verfassungswidrig erklärt wurde: "A teacher's salary is his property ... if he prefers to spend his money as he earns, it is his right under the constitution to do that"

16) "high water mark", vgl. Freund et al., Constitutional L., S. 1175

heiten bildete schließlich der Fall Adkins v. Children's Hospital aus dem Jahre 1923¹⁷⁾, als - ebenfalls in einer Entscheidung mit 5 gegen 4 Stimmen - ein Gesetz des Districts of Columbia für ungültig erklärt wurde, das Mindestlöhne für Frauen festsetzte¹⁸⁾. Aber selbst noch im Jahre 1936 findet sich in Moorehead v. New York¹⁹⁾ der Supreme Court nicht bereit, ein Mindestlohngesetz für Frauen für gültig zu erklären, so daß sich Justice Stone in seiner dissenting opinion zu der Stellungnahme veranlaßt sah:

"There ist grim irony in speaking of the freedom of contract of those who, because of their economic necessities, give their service for less than is needful to keep body and soul together." 20)

Nichts gibt daher die verworrene Situation jener Jahre bis 1932 besser wieder als eine resignierende Feststellung von Pound über die Unfähigkeit der Regierung, die brennenden Angelegenheiten ihres Volkes zu meistern²¹⁾.

Erst im Jahre darauf, ebenfalls in einer umstrittenen 5:4 Entscheidung, zeigte sich eine grundsätzliche Änderung in der Haltung und im Verständnis des Supreme Courts²²⁾. Doch gehört dies bereits einer Epoche an, die unter dem Schlagwort "New Deal" in die Geschichte des amerikanischen Verwaltungsrechts eingegangen ist und weiter unten behandelt werden wird²³⁾.

2. Das Verhältnis der Rechtswissenschaft zum Verwaltungsrecht

Gleichwohl gab es in den zwanziger Jahren dieses Jahrhunderts bereits zahlreiche und z.T. schon recht umfassende Gebiete, auf denen der zunehmende staatliche Einfluß deutlich zu spüren war

-
- 17) 261 US 525 (1923); aufgehoben durch West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 US 379 (1937), wo auch ein eingehender Überblick über die gesamte Entwicklung gegeben wird
- 18) Aus der Urteilsbegründung, die - unter dem damals üblichen Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit und Moral entscheidend - die Unsinnigkeit der gewählten Kriterien aufzeigt, sei zitiert: "Es kann nicht bewiesen werden, daß gut bezahlte Frauen ihre Ehre besser schützen als solche, die schlecht bezahlt werden." - Vgl. Carstens, Am. Verfassung, S. 103
- 19) ex rel. Tipaldo, 298 US 587 (1936)
- 20) vgl. Schwartz, Constitutional L., S. 210
- 21) in: Freund et al., Growth, S. 102
- 22) West Coast Hotel Co. v. Parrish, vgl. Anm. 9 und 17
- 23) s.u. unter C, S. 23

oder sich anzubahnen begann²⁴⁾. Hervorzuheben sind das Eisenbahnwesen, die Antitrust- und Monopolgesetzgebung, das Wettbewerbsrecht, die Nahrungsmittelkontrolle, die Gesundheitsfürsorge, die oben als Beispiel gewählte speziell gezielt und uneinheitlich einsetzende Arbeitsgesetzgebung und die allmählich entstehende allgemeine Fürsorge. Dies alles wurde jedoch vorerst seitens der amerikanischen Rechtswissenschaft gar nicht beachtet. Hin und wieder wurden zwar diese Erscheinungen unter dem Begriff Verwaltungsrecht zusammengefaßt, aber dann bedeutete dieses Wort höchstens etwas "Exotisches"²⁵⁾, das dem althergebrachten traditionellen System des common law nicht recht adaequat war.

Einige Ansätze einer Verwaltungsrechtswissenschaft waren allerdings vorhanden. So hatte der Altmeister der amerikanischen Verwaltungsrechtswissenschaft Goodnow bereits um die Jahrhundertwende seine beiden Bücher über Verwaltungsrecht veröffentlicht²⁶⁾, und auch ein recht umfassendes Kompendium von Freund aus dem Jahre 1904 befaßt sich mit fast allen Erscheinungen des damaligen materiellen und prozessualen Verwaltungsrechts²⁷⁾. Zur Bildung eines Systems, das nach den Vorbildern Frankreichs und Deutschlands die spezifischen Methoden und Eigenarten des Verwaltungsrechts aufdecken sollte, war es aber offensichtlich wohl noch zu früh, obwohl Freund bereits Themenkreise behandelte, die - im Gegensatz auch zu den meisten heutigen Lehrbüchern - schon Probleme wie z.B. des Gemeingebruchs an öffentlichen Sachen, des Wasserrechts u.ä. betrafen²⁸⁾. Doch stellte Freund selbst an einigen Stellen fest, daß hier noch alles im Fluß, im Stadium der Entwicklung sei und daß die bisher vorliegenden Entscheidungen keineswegs zur Formung eines klaren Bildes ausreichen würden²⁹⁾.

24) denn auch zwischen Erlaß eines Gesetzes und dessen Befolgung bzw. Erzwingung bestanden große Unterschiede

25) vgl. Frankfurter, The Task of Adm.L., S. 615, in der Wiedergabe der Ansichten maßgeblicher Juristen aus den beiden ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts: "an alien and wholly avoidable phenomenon"

26) Frank Johnson Goodnow, Comparative Adm.L., NY: G.P. Putman's Sons, 1893; The Principles of the Adm.L. of the US, NY: G.P. Putman's Sons, 1905

27) Ernst Freund, The Police Power, Public Policy and Constitutional Rights; vgl. auch: Das Öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen, 1911

28) Freund, Police Power, S. 146 - 158, 422 - 450

29) vgl. z.B. Freund, Öffentliches Recht, S. 49 f; Freund, Adm. Powers, S. VII

Nur wenige Männer waren so vorausschauend, daß sie zu einer Bewältigung dieser neuen Erscheinung "Verwaltungsrecht" aufriefen, zu einem Durchdenken und zur Einordnung der damit verknüpften Probleme aufforderten, eine harmonische Eingliederung in das bestehende Rechtsgefüge verlangten und Nutzbarmachung seiner Vorzüge propagierten, damit nicht eines Tages die Entwicklung den Nichtsahnenden über den Kopf wachse. Maitland in England sprach eine deutliche Sprache, als er 1911 feststellte:

"If you take up a modern volume of the reports of the Queen's Bench division, you will find that about half the cases reported have to do with rules of administrative law ... do not neglect their existence ... The governmental powers ... have become of the greatest importance." 30)

In ähnlicher Weise äußerte sich Elihu Root in Amerika, seinerzeit Präsident der American Bar Association (ABA), im Hinblick auf das Verwaltungsrecht und die Behörden:

"There is one special field of law development which has manifestly become inevitable ... There will be no withdrawal from these experiments. We shall go on ... because such agencies furnish protection to rights and obstacles to wrongdoing which under our new social and industrial conditions cannot be accomplished by the old and simple procedure of legislature and courts ... A system of administrative law must be developed and that with us is still in its infancy, crude and imperfect." 31)

Um das Bild dieser vorausschauenden Männer, die die Zeichen der Zeit erkannt hatten, abzurunden, sei schließlich noch Frankfurter zitiert:

"It is idle to feel either blind resentment or sterile longing for a golden past that never was. Profound new forces call for new social inventions, or fresh adaptions of old experience. The 'great society', with its permeating influence of technology, largescale industry, and progressive urbanization presses its problems; the history of political and social liberty admonishes us of its lessons. Nothing less is our task than fashioning instruments and processes at once adequate for social needs and the protection of individual freedom." 32)

In seinen Schlußbetrachtungen glaubte Freund noch³³⁾ eine Rechtsfertigung für die Darstellung des Verwaltungsrechts in seinem Buche

30) Maitland, Constitutional History, S. 505 f

31) Address to the ABA 1916, 41 ABA Rep. 355, 368 f teilw.wiedergegeben bei Frankfurter, The Task of Adm.L., S. 616

32) Frankfurter, The Task of Adm. L., S. 617

33) Adm. Powers, S. 578 ff

geben zu müssen, weil ja die Geschichte gezeigt habe, daß auf staatliche Gewalt im Sinne seiner administrative powers durchaus verzichtet werden könne. Auch er geht hier wie viele seiner Vorgänger von einem falschen Beweiswert der Geschichte aus. Denn eine solche wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung, wie sie das 19. und 20. Jahrhundert brachte, war in der Geschichte noch nie vorgekommen. Wie diese Entwicklung aber ohne vergleichbares Beispiel war, so mußte auch Verwaltungsrecht im modernen Sinne ohne Vorbild bleiben.

Freund spürte später offenbar das Fragwürdige seiner Argumentation. Am Vorabend der großen Weltwirtschaftskrise, die einen damals noch für unmöglich gehaltenen Anstoß zu einer noch umfangreicheren Entwicklung und Ausgestaltung der staatlichen Macht im sozialen und wirtschaftlichen Bereich und somit des Verwaltungsrechts geben sollte, sagte er über die Art des staatlichen Einflusses und die Aufgabe des modernen Staates:

"Something more subtle (als lediglich kriminelle Strafe), more in the nature of mediation and influence, with authority merely in the background, may be needed in the constitution of the modern state. A somewhat ambiguous form of official action - part service and part control, part executive and part judicial, part suasion and part command, part formal and part informal - may perhaps perform that function." 34)

Damit hatte er bereits die spätere wirkliche Entwicklung des modernen Verwaltungsstaates ahnend angedeutet. Das Verwaltungsrecht hatte nach seiner abschließenden Stellungnahme als eine politische Tatsache seinen wohlbegründeten Platz innerhalb des Staatsgefüges bereits erhalten³⁵⁾. Daß die Zeit des klassischen laissez-faire vorbei war, mußte er schließlich 1932 angesichts des Höhepunktes der Weltwirtschaftskrise mit den Worten feststellen:

"... it is no longer recognized, that competitive freedom is an automatic cure for evils and abuses ... there is the growing feeling that state control is a legitimate and desirable instrument for redressing social inequality ... the theory of economic freedom is nowhere unquestioned." 36)

Er fand damit bestätigt, was er bereits 9 Jahre zuvor zu spüren glaubte, nämlich daß sich ein deutlicher Hang zur staatlichen Überwachung wirtschaftlicher Tätigkeit breit mache, eine Tatsache, die nach seinen Worten den orthodox ausgebildeten Juristen damaliger Prägung sicherlich mit Unbehagen erfülle, wenngleich ihre zunehmende Bedeutung heute wohl schwerlich noch geleugnet werden könne³⁷⁾.

34) Freund, Adm. Powers, S. 584

35) Freund, dortselbst

36) Freund, Legislative Regulation, S. 117, 113

37) Freund et al., Growth, S. 20, 5

Aber nur wenige dieser noch im alten Geiste in der Schule des laissez-faire erzogenen Juristen konnten sich zu einer solch bejahenden und, man möchte fast sagen, freudigen Haltung durchringen, wie sie Pound mit den Worten forderte:

"Vergebens rufen die Prinzipienreiter nach weniger Gesetz und nach der Weisheit des common law. Wenn den neu auftauchenden Interessen vernünftig begegnet werden soll, so nur durch mehr Gesetze und durch bessere Gesetze, die klüger angewendet werden. Die Welt kann nicht in alle Ewigkeit nach den Rechtskenntnissen von Coke, Mansfield oder Eldon regiert werden. Gerechtigkeit, und nicht Recht, sind für den Menschen auf dieser Erde die höchsten Belange." 38)

Solch freie und mutige Worte, mit denen Pound notfalls sogar eine Änderung der Verfassung forderte, mochten vielen Zeitgenossen als ein Sakrileg an althergebrachten Grundsätzen des common law oder der Verfassung erscheinen. Tatsächlich waren sie aber nur die Aufdeckung einer Entwicklung, die bereits unaufhaltsam vordrang.

Möchte man diese Stimmen prophetisch nennen, so ist ihr geringer Einfluß enttäuschend. Die Anwaltschaft fand es unter ihrer Würde, sich mit den neuen Problemen vertraut zu machen. Sofern man überhaupt von der Verwaltung Kenntnis zu nehmen gezwungen war, so verband man damit höchstens die stets negative Vorstellung eines schwer erfaßbaren Verwaltungsapparates voller Leerlauf, überflüssiger Tätigkeit und dunkler Geheimnisse, in die einzudringen unmöglich erschien. Bücher wie das von Beck trugen nicht wenig zu dieser Entwicklung bei 39).

Die äußeren Schwierigkeiten, dieser neuen Materie Verwaltungsrecht angemessen zu begegnen, waren allerdings auch nicht gering, denn auf der Universität hatten die wenigsten Gelegenheit gehabt, über Bedeutung und Tätigkeit der Verwaltung Vorlesungen zu hören. Von den 94 von der ABA anerkannten Law Schools zeigten z.B. noch im Jahre 1937 nur 55 Vorlesungen über Verwaltungsrecht an, diese waren aber nicht einmal durchweg Pflichtfächer 40). Die Literatur war ge-

38) Pound, in: Freund et al., Growth, S. 108

39) Beck, Our Wonderland of Bureaucracy, der in scharfer Polemik (z.B. S. 67 f, 85) auf offenbare Mißstände in der Verwaltung hinweist; vgl. ferner S. 75 bzgl. der Tätigkeit des Bureau of Home Economics, das Ratschläge über das Anbringen von Hosknöpfen an Kleinkinderhosen ausarbeitete und veröffentlichte

40) vgl. ABA Journal, Act. 1937, S. 871 ff; Note in Iowa L.Rev. (May 1940), S. 840 f; Davis, Reflections, S. 745; APA, Legislative History, S. 241

ring. Vor allem Lehrbücher, die es auf anderen Gebieten in Fülle gab, fehlten fast gänzlich⁴¹⁾, und die zahlreichen Nachschlagewerke, Indexregister und Digests, die sonst mit Sorgfalt, Fleiß und Kunst zu jedem Rechtsgebiet in so großer Auflage angeboten und laufend ergänzt wurden, daß sie jedem Juristen ständig zur Hand waren, beachteten diese neue Erscheinung des Rechtslebens wenig, die nur selten unter dem Stichwort "administrative law" und nur ungenügend unter den besonderen Problemen wie z.B. public utilities, licensing, regulation, administrative review usw. systematisch erfaßt wurde⁴²⁾.

Dies alles hat jedoch nicht verhindern können, daß das Verwaltungsrecht an Umfang ständig zunahm. In der Zeit von 1900 bis zum Ende des dritten Jahrzehnts hatte sich die Anzahl der Bundesbehörden um das Doppelte vermehrt und nahm in dem folgenden Jahrzehnt noch einmal um die gleiche Anzahl zu⁴³⁾. Aus der Notwendigkeit moderner Entwicklung geboren, äußerte sich die staatliche Tätigkeit in einer zunehmenden Flut von Gesetzen verwaltungsrechtlichen Inhalts, in Verordnungen der aus dem Boden schießenden Behörden und in den tausenden von Verwaltungsverfahren, angefangen beim Bescheid über die Gewährung einer Kriegsrente oder einer Erlaubnis zur Ausübung eines bestimmten Berufes bis zur langwierigen, kostspieligen, voluminösen und komplizierten Untersuchung und Entscheidung über die Höhe eines neuen, angemessenen Eisenbahntarifes. Es bedurfte nur noch eines Anlasses, diesen wachsenden Leviathan staatlicher Verwaltung in das volle Bewußtsein sowohl der Juristen als auch der gesamten Öffentlichkeit zu bringen.

C. Im Zeitalter des New Deal

"Administrative law has not come like a thief in the night. It is not an innovation; its general recognition is." 1)

Die Weltwirtschaftskrise öffnete so manchem die Augen. Der Traum, daß der beherzte Mann seines Glückes eigener Schmied sei, daß er

41) vgl. Davis, Adm.L., Übersicht S. 38

42) Frankfurter, Foreword, S. 426, berichtet, daß das Stichwort "adm.l." zwar seit 1910 in den Reports des Supreme Court verzeichnet, aber bis jetzt (1936) noch nicht in dem großen Nachschlagewerk American Digest enthalten ist. - Davis, Adm.L., S. 40, führt noch 1951 Klage darüber, daß die Nachschlagewerke Corpus Juris und Corpus Juris Secundum das Stichwort "adm.l." ignorieren, Am.Jur. es immerhin unter P = public adm.l. behandle; bis 1946 erschien es auch nicht im American Digest System

43) Davis, Adm.L., S. 4

1) Frankfurter, zitiert in Gellhorn, Adm. Proceedings, S.3

daher einer schützenden Hand des "Vaters Staat" in keinem Fall bedürfe, daß die Regierungsfürsorge nur den Schwachen nützlich sei, die zu nichts taugen, alles dies entlarvte sich in dieser neuen Welt, über zwei Generationen nach der aufregenden Eroberung und Unterwerfung des großen Kontinents, als ein katastrophaler Irrtum. Millionen tüchtiger amerikanischer Bürger gerieten in Not, bangten um ihre Existenz, davon allein 13 Millionen Arbeitslose, von denen mehr als dreiviertel keinerlei öffentliche Unterstützung erhielten²⁾.

War ursprünglich alle Verwaltungstätigkeit als mehr oder weniger notwendiges Übel von der öffentlichen Meinung und vielen Juristen angesehen worden, hatte man später dann unwillig eingeräumt, daß die Staatsgewalt regulierend eingreifen dürfe, um ein faires Spiel der freien Kräfte zu gewährleisten, hatte man ferner das Anwachsen des Verwaltungsapparates, der Gesetze und Behörden, nur geduldet und dem Staat immer wieder die Rolle des Zuschauers oder höchstens eines Garanten des fair-play unter den freien Kräften zugewiesen, so wurde jetzt, in der Stunde höchster wirtschaftlicher Not der Ruf nach einem positiven, fördernden, gestaltenden Eingreifen der Regierung in verantwortlicher eigener Zielsetzung laut.

1. Roosevelts New Deal

Der schwarze Freitag im Oktober 1929 machte die Wirtschaft rat- und hilflos. Der Ruf nach dem starken Mann ertönte. F.D. Roosevelt versprach 1932 zu handeln. Er wollte den Kongreß um umfassende Vollmachten bitten, "dem einzigen noch verbleibenden Mittel, um der Krise wirksam zu begegnen"³⁾.

Roosevelt wurde zum Präsidenten der Vereinigten Staaten gewählt und handelte sofort. Zunächst schloß er die Banken und gewährte ihnen die notwendige Atempause. Dann entwickelte er den großen Plan, der unter dem Namen National Industry Recovery Act (NIRA) in die Geschichte eingegangen ist. Weitere Punkte seines Programms waren unter anderem der Railway Pension Act, der Farm Mortgage Act, der Agricultural Adjustment Act, der Bituminous Coal Act, der Municipal Bankruptcy Act, das Tennessee Valley Administration (TVA) Projekt, der National Labor Relations Act, der Social Security Act und der Public Utility Holding Company Act.

2) Loewenstein, Verfassungsrecht, S. 31

3) vgl. Johnson, Government, S. 328; Miller, History, S. 408

In großem Stile ging er dazu über, mit Hilfe dieser Gesetze sowie mit einem Stab von Mitarbeitern, Behörden und Sonderverwaltungen durch eine neue, gestaltende Art das wirtschaftliche und soziale Leben zu regeln. Freimütig gab er zu, daß er von Wirtschaftstheorien nicht viel wisse und auch nicht viel halte. Wenn das Experiment mißlinge, so äußerte er 1932, werde er eben etwas anderes versuchen. Dieses Verhalten ist ein gutes Beispiel für das gerade in Amerika bevorzugte empirische Vorgehen⁴⁾. Er verwandte nicht viel Zeit darauf, sich Skrupeln über eine mögliche Unvereinbarkeit seiner für dringend notwendig erachteten Maßnahmen mit der Verfassung hinzugeben oder sich Gedanken darüber zu machen, ob und wie sich seine Maßnahmen in einem noch bisher unbekannten Ausmaß zu einem System staatlicher Kontrolle, Regelung, Beeinflussung und Herrschaft entwickelten.

Als dann wesentliche Teile der oben genannten Gesetze und mit ihnen die zahlreichen Durchführungsverordnungen für verfassungswidrig erklärt wurde, ließ sich der Präsident dadurch nicht in seinem Handeln lähmen. In einem später berühmt gewordenen Brief an den chairman des House subcommittee, das gerade den Bituminous Coal Act beriet, gestand er seine eigenen Zweifel, ob die Gesetzesvorlage durch die Gesetzgebungskompetenz des Bundes gedeckt sei. Zugleich berief er sich jedoch auf die Dringlichkeit der Lage, die schnelles Handeln erfordere, insbesondere weil man über die verwickelten Rechtsfragen nicht 10, sondern 1.000 verschiedene Rechtsgutachten erhalten könne⁵⁾. Er benutzte in vorher nicht gekanntem Ausmaß und Stil die Kapital- und Finanzkraft des Bundes als Wirtschaftsmacht. In der richtigen Einsicht, daß die Privatindustrie der Arbeitslosigkeit nicht Herr werden könne, trat der Bund nunmehr in großem Umfang als Arbeitgeber auf oder vergab Millionenanleihen für die Durchführung von Arbeitsbeschaffungsprogrammen. Das erste dieser Gesetze schuf im April 1933 das Civilian Conservation Corps, das 2 1/4 Millionen jugendlichen Arbeitern Brot durch Tätigkeit in Landschaftsschutzprogrammen und ähnlichen Unternehmungen verschaffte. Durch die Schaffung der Public Works Admini-

4) Miller, History, S. 412; dsgl. v. Mangoldt, Rechtsstaatsgedanke, S. 121 a.E.

5) 4 Public Papers & Addresses of F.D. Roosevelt 297 (1938), teilw. abgedruckt in Freund et al., Constitutional L., S. 233

stration entwickelte er ein Bauprogramm von über 3.300 Millionen Dollar. Hinzu kamen die Millionen, die der Bund^{6a)} zur Arbeitslosenfürsorge und Arbeitsbeschaffung durch ein Junktim zwischen Übernahme der Finanzierungslasten und Aufstellung von Ausführungsdirektiven an die Länder vergab und damit zugleich auch seine Macht gegenüber den Ländern vergrößerte. Das Tempo der in den allerersten Tagen der Regierung Roosevelt erlassenen Gesetze verminderte - mindestens vorübergehend - die Bedeutung des Parlaments und machte aus dem Kongreß ein bloßes Betätigungsorgan der Initiativentwürfe des Präsidenten, oder, bildlich gesprochen, den von der Presse vielzitierten "hubber stamp", den Gummistempel für die von der Regierung eingebrachten Gesetzesvorlagen.

2. Der Einfluß des New Deal auf die Machtstellung der Exekutive

Welchen Umfang und Einfluß die angeführten Gesetze im einzelnen hatten, kann an dieser Stelle nicht näher erläutert werden^{6b)}. Einige Anhaltspunkte ergeben sich ja bereits aus den Titeln der Gesetze. Nur beispielshalber soll am sogenannten NIRA^{6c)} aufgezeigt werden, welch weitgehende Befugnisse der Exekutive erteilt waren und in welchem Sinne diese sie verwerten wollte.

Das Gesetz gab dem Präsidenten die Befugnis, Wettbewerbsregeln aufzustellen. Diese Ermächtigung benutzte Roosevelt u.a. dazu, Vorschriften bzgl. fairer Vertrags- und Verhandlungsbedingungen zwischen Erzeugern, Händlern und Verbrauchern aufzustellen sowie Löhne, Arbeitszeit und Einzelheiten bzgl. Verhandlungen zwischen den Tarifpartnern zu bestimmen. So waren die Machtbefugnisse des Präsidenten zur Regelung wirtschaftlicher Vorgänge in den USA sehr umfassend und nur schwer begrenzbar. Er nutzte sie auch in weitem Maße aus, so daß schließlich über 700 z.T. sehr umfangreiche Verordnungen ergingen, die das gesamte Wirtschaftssystem in der einen oder anderen Weise berührten⁷⁾.

6a) Zum besseren Verständnis und zur Abkürzung im Ausdruck sei es erlaubt, die deutschen staatsrechtlichen Ausdrücke "Bund" und "Länder" zu verwenden

6b) bzgl. weiterer Einzelheiten vgl. u.a. Loewenstein, Staatspolitik, S. 8 - 15

6c) National Industry Recovery Act

7) "This grandiose statute - a veritable legislative colossus, meant to stride the entire business structure of the United States, from pants-pressing to the production of steel - was the original incarnation of the New Deal.", so Corwin, Constitutional Revolution, S. 46; - der NIRA erfaßte allein 20 Millionen Arbeiter bzw. Arbeitsplätze

Daß zur wirksamen Ausführung und Überwachung dieser Bestimmungen eine umfangreiche Verwaltung neu eingerichtet werden mußte, leuchtet ohne weiteres ein. Wie sehr sich dabei die Rolle des Staates gewandelt hatte, zeigt allein die Tatsache, daß die während der Regierung Roosevelts ausgegebenen Summen größer waren als sämtliche Beträge zusammengenommen, die während des bisherigen Bestehens der Union vom Bund ausgegeben worden waren⁸⁾. Die Anzahl der von Roosevelt erlassenen orders lag mit 1616 fast doppelt so hoch wie die seines Vorgängers Hoover, beides bezogen auf einen Zeitraum von 3 1/2 Jahren⁹⁾. Die Radikalität und Plötzlichkeit des Umbruchs wird vollends deutlich, wenn man bedenkt, daß man bei Gründung der Union zum Aufbau der gesamten Bundesverwaltung im Jahre 1789 nur 26 Gesetze benötigte und in den folgenden vier Jahren auch nur jeweils 66 bzw. 94, 38 und 63 Gesetze ergingen¹⁰⁾. Demgegenüber verabschiedete der Kongreß allein in der 70. Sitzungsperiode zu Beginn der großen Weltwirtschaftskrise (1927 - 1929) 993 Gesetze.

3. Die Reaktion der richterlichen Gewalt

Hatte die Nation angesichts dieser umfangreichen Maßnahmen zunächst den Atem angehalten, so ließen die Stimmen der Unzufriedenen, der Gegner und aller derjenigen, die ihre Interessen bedroht oder sich ihrer Freiheit beraubt sahen, nicht lange auf sich warten. Wie in Amerika bei solchen Anlässen üblich, formte sich prompt eine American Liberty League. Es erhoben sich Stimmen, denen es bei einer solchen Machtzusammenballung in der Hand der Regierung unheimlich zu Mute wurde. Es ließen sich schließlich kritische Stimmen vernehmen, die auch die Wirksamkeit der ergriffenen Maßnahmen in Frage stellten.

Ihr Einfluß kann in der öffentlichen Meinung nicht allzu groß gewesen sein, denn Roosevelt wurde 1936 mit noch vergrößerter Stimmenmehrheit wiedergewählt. Immerhin genügten die von seinen

8) Griffith, Amerika, S. 92; die während Truman's Amtszeit erhobene Steuersumme war größer als die sämtlicher vorhergehender Jahre einschließlich der Zeit unter F.D. Roosevelt

9) Geck, Übertragung rechtsetzender Gewalt, S. 41, Anm. 2

10) vgl. Schwartz, Constitutional L., S. 65, unter Bezug auf Frankfurter, Some reflections on the reading of statutes, 47 Columbia L.Rev. 529 (1947)

Gegnern mit Entschiedenheit vertretenen Bedenken, um den konservativ eingestellten Supreme Court¹¹⁾ in seiner Meinung zu bestärken, daß das Gesetzgebungsprogramm des New Deal oder zumindest wesentliche Teile davon verfassungswidrig waren. In den Jahren 1935 - 37 fielen daher die bedeutendsten Teile des New-Deal-Programms seinem Richterspruch zum Opfer. Was übrig blieb, waren nur noch Fragmente. Die im einzelnen angeführten Begründungen des Supreme Court, mit denen er dies erreichte, sollen an dieser Stelle nicht erörtert werden. Sie bieten von der rein juristischen Seite nichts, was in diesem Zusammenhang noch zu betonen wäre. Jedoch sind sie - darüber herrscht in der amerikanischen Rechts- und Staatswissenschaft Einmütigkeit - juristischer Ausdruck einer politischen Überzeugung, nämlich der Furcht, die mit dem New Deal angebaute Entwicklung könne dem freiheitlichen Lande Amerika den Sozialismus bringen, der notwendigerweise das Ende aller bürgerlichen Freiheitsrechte bedeute¹²⁾.

Das Gericht setzte sich einige Jahre später aus weniger konservativ denkenden Richtern zusammen. In dieser neuen Besetzung hielt es Gesetze für verfassungsmäßig, die im wesentlichen den aufgehobenen Teilen der New Deal Gesetzgebung entsprachen¹³⁾. Zwar hatte der Gerichtshof noch im Falle Schechter¹⁴⁾ die Übertragung der umfangreichen Gesetzgebungsbefugnisse nach dem NIRA auf den Präsidenten in voller Einmütigkeit als zu weitgehend und verfassungswidrig angesehen. Eine solch umfassende, nicht spezialisierte Delegation von Gesetzgebungsgewalt an die Exekutive widersprach dem Geist der über 100-jährigen Geschichte der Union, der eindeutig liberal gewesen war. Die Entwicklung, die Gewöhnung an zunehmend umfassender ausfallende Übertragungen von Gesetzgebungsgewalt schritt jedoch im Laufe der folgenden Jahre bis 1944 soweit fort, daß ähn-

-
- 11) oder besser: seine meist sehr schwache Mehrheit bei Entscheidungen dieser Fälle; im einzelnen vgl. Freund et al., Constitutional L., S. 242, sowie Barnes, The Constitution, Übersicht S. 38
- 12) vgl. z.B. das Zitat von Justice Taft, bei Carstens, Am.Verfassung, S. 16: "Ich fühle mich alt und ich bin langsam geworden. Aber ich muß auf meinem Richterstuhle ausharren, um zu verhindern, daß die Bolschewiken die Oberhand bekommen", sowie das Plädoyer eines Anwalts vor dem Supreme Court (vgl. Curtis, Löwen unter dem Thron, S.96): "Ich stehe heute hier für die Sache jenes Amerikas, das ich liebe. Ich bete zum Allmächtigen, daß es nicht meiner Zeit vorbehalten sei, 'ein Land der Sklaven' an die Stelle des 'Landes der Freien' zu setzen."
- 13) vgl. z.B. Carter v. Carter Coal Co., 298 US 238 (1936), eine 5:4 Entscheidung, mit Sunshine Anthracite Coal v. Adkins, 310 US 381 (1940)
- 14) Schechter Poultry Corp. v. US, 295 US 495 (1935)

liche Bedenken dann fallen gelassen wurden oder gar nicht mehr erst auftraten¹⁵⁾. Was die Not im Gefolge der Weltwirtschaftskrise noch nicht drastisch genug vor Augen geführt hatte, das erkannte man im zweiten Weltkrieg: die Wichtigkeit einer starken Exekutive in Zeiten großer Bedrängnis¹⁶⁾.

4. Ergebnis

Mit dem New Deal war die Zeit des in seinem Handeln auf die Abwehr von äußeren Störungen des gesellschaftlichen Lebens beschränkten Staates endgültig vorbei. Das bedeutete nicht, daß der Staat von nun an in alles und jedes hineinredete. Auch jetzt verblieben noch erhebliche Bereiche des Soziallebens, in denen sein Einfluß nicht zu spüren war. Wohl aber bedeutete es, daß der Staat nicht mehr gewillt war, die wirtschaftliche und soziale Entwicklung allein dem freien Spiel der Mächte zu überlassen und sich dabei mit der Rolle eines Garanten zu begnügen, der dieses Spiel in geordneten Bahnen hielt. Er übernahm vielmehr jetzt eine aktive Rolle mit und neben der Privatwirtschaft und manchmal, wie das Beispiel des TVA-Projektes zeigt, auch gegen sie. Der verantwortlich planende, steuernde und fachmännisch ausgerüstete Staat begann, und zwar zunächst hauptsächlich auf Bundesebene, mit Hilfe eines wachsenden Verwaltungsapparates seine Tätigkeit.

D. Vom New Deal bis zur Gegenwart

"Perhaps the most striking change in the common law of this country ... has been the rise of a system of administrative law." 1)

1. Das Entstehen einer modernen Verwaltungsrechtswissenschaft

Diese im Zusammenhang mit dem New Deal ins Leben gerufene staat-

15) Yakus v. US, 321 US 414 (1944); vgl. auch Schwartz, Adm. L., S. 37 f

16) Auf die menschlichen und psychologischen Hintergründe bei den New Deal Entscheidungen des Supreme Court einzugehen, muß hier verzichtet werden; vgl. dazu Curtis, Löwen unter dem Thron, sowie Carstens, Am.Verfassung, S. 109, und Loewenstein, Verfassungsrecht, S. 416 f sowie Loewenstein, Staatspolitik, S. 17 ff

1) Stone, The Common Law, S. 16

liche Entwicklung hatte eine Folgeerscheinung, die für unser Thema von Bedeutung ist: sie hob das Verwaltungsrecht aus der Sphäre des Nebensächlichen heraus und stellte es jedem denkenden Menschen als Problem sowie den Juristen und den Staatswissenschaftlern als besondere Aufgabe klar vor Augen.

a. Die Zeit der systematischen Untersuchungen

Die ersten größeren Untersuchungen stellten zunächst fest, auf welchen Gebieten der Einfluß der Verwaltung bereits zu spüren war. Für den Bereich der Bundesgesetzgebung geben Blachly and Oatman in dürrer Aufzählung dafür ein beredtes Zeugnis²⁾. Man erkannte, daß in den Einzelstaaten jährlich 12.000 Gesetze verabschiedet wurden, unter denen der weitaus größere Teil sich mit Fragen der Verwaltung befaßte³⁾. Der Kongreß und die gesetzgebenden Versammlungen der Einzelstaaten zusammen hatten in einem Jahr 29.938 Gesetze erlassen, die zu den bereits vorhandenen in 931 Gesetzbänden hinzu kamen⁴⁾. Die meisten befaßten sich in irgendeiner Weise mit Funktionen und Aufgaben der Verwaltung.

Der Umfang, den das kodifizierte Recht durch den Erlaß von Verordnungen der verschiedenen Institutionen und Behörden der Verwaltung angenommen hatte, konnte und kann auch heute nur erraten werden; die 41 Bände des Code of Federal Regulations, des Kompendiums der auf Bundesebene bestehenden Rechtsverordnungen, zählten 1949 allein 22.155 Seiten. Hinzu kommen jährlich weitere Verordnungen in großer Zahl. Allein der Umfang der im Jahre 1954 neu erlassenen Verordnungen machte weitere 9.910 Seiten aus. Hierin sind bestimmte spezielle Verordnungen, wie z.B. Gebühren- und Tarifverordnungen, nicht enthalten. In den Einzelstaaten ist eine genaue Übersicht höchstens dort möglich, wo die Veröffentlichung von Verordnungen in irgendeiner Weise vorgeschrieben ist und auch durchgeführt wird. Das ist aber erst in wenigen Staaten der Fall⁵⁾. Eine Übersicht über die bestehenden Verwaltungsbehörden zeigt, daß

2) Federal Regulatory Action, S. 274

3) Interstate Trade Barriers, S. IX

4) vgl. Vanderbilt, The Challenge, S. 138

5) näml. in 14 Staaten; vgl. hierzu im übrigen Vanderbilt, The Challenge, S. 138 f; bzgl. der ähnlichen Situation in England vgl. Landis, Adm. Process, S. 18, sowie Carr, Delegated Legislation, S. 2

es auf Bundesebene nach einer Schätzung etwa 100 größere und 100 kleinere solcher Behörden gibt^{6a)}, während an anderer Stelle ihre Zahl mit 1.880 angegeben wird^{6b)}.

aa. Das Committee on Administrative Management

Angesichts dieser ersten Überraschenden Feststellungen ging man nunmehr daran, genaueres Material zu sammeln. England gab für die großen Untersuchungen, die nun folgen sollten, das Beispiel durch das Committee on Minister's Powers⁷⁾. Nach diesem Vorbild ernannte F.D. Roosevelt das Committee on Administrative Management. Es sollte die Grundlagen für weitere gesetzliche Maßnahmen erwägen, um zu einem besseren Verstehen, Einordnen und Funktionieren der Verwaltung sowie zu einer möglicherweise notwendig werdenden Erweiterung des Schutzes des Bürgers zu gelangen. Das Committee veröffentlichte im Jahre 1937 seine Untersuchungen⁸⁾.

Der Bericht war bestürzend. Er beanstandete den völlig planlosen Aufbau der Verwaltung, das Fehlen einer klaren Verantwortlichkeit innerhalb der einzelnen Zweige der verwaltungsbehördlichen Hierarchie, sein Wachsen ohne System und das Entstehen einer vierten Gewalt neben der gesetzgebenden, ausführenden und richterlichen in Gestalt der sog. independent regulatory commissions^{9a)}. Das Komitee fand vernichtende Worte über mangelnde Zusammenarbeit zwischen einzelnen Teilen der Verwaltung, über die Konzentration von allen drei Gewalten im materiellen Sinne in ein und derselben Verwaltungsbehörde, ja mitunter sogar in ein und derselben Verwaltungsperson^{9b)}. Der Bericht zog die Folgerung, daß bedeutsame Wesenszüge des amerikanischen Rechts verletzt wären, so insbes. der Grundsatz der Gewaltenteilung und des due process. Er beklagte sich ferner darüber, daß vor allem kein ausreichender rechtlicher Schutz

6a) Schwenk, Grundzüge, S. 333

6b) Loewenstein, Verfassungsrecht, S. 359

7) Report Presented By The Lord High Chancellor To Parliament, London, 1932

8) Adm. Management in the Government of the US, Report of the President's Committee on Adm. Management, 1937

9a) näheres unten unter II B 3, S. 62 ff

9b) Der anglo-amerikanischen Rechtsvorstellung ist eine Unterscheidung zwischen dem Organ und seinem Walter weithin fremd, vgl. Wolff, Verwaltungsrecht, § 4 IIc, S. 25 und § 34 Ia, S. 177 für die deutschen Lehren; § 9 IIIb, S. 38 und § 15 Ia, S. 54, für den Mangel an Systematik in am. Verwaltungsrechtsvorstellungen

gegenüber den Maßnahmen der Behörden zur Verfügung stehe, und zwar sowohl was das Verfahren vor der Behörde selbst betreffe als auch bezüglich einer eventuellen gerichtlichen Nachprüfung. Dies waren Klagen, die der Verwaltung schon des längeren zum Vorwurf gemacht und die nun vom Komitee aufgegriffen und untersucht worden waren.

Im Anschluß an diesen Bericht entwickelte sich eine lebhafte Diskussion, die überwiegend auf eine Verurteilung der Verhältnisse in der amerikanischen Verwaltung hinauslief. Schlagworte wie "Chaos von Ämtern und Kollegien", "desorganisierte Verwaltung", "Verwaltungsanarchie", "Mangel jeder bewußten Entwicklung und systematischen Planung", "Mischmasch von Verwaltungstätigkeiten", "unverständliches Durcheinander", "Wildnis", "Dschungel", "Entwicklung ohne jede Absicht auf ein Prinzip" ließen eine "Lehre von der Kritik der Amerikaner an ihrer Verwaltungsorganisation" entstehen¹⁰⁾.

Allerdings wurde die Stichhaltigkeit dieses Berichts und dieser Stellungnahmen schon recht bald angezweifelt. Ihnen wurde oberflächliche Arbeitsweise und unfundierte Verallgemeinerungen vorgeworfen¹¹⁾. Was auch immer der Wahrheitsgehalt dieses Streites, auf den hier nicht näher eingegangen werden kann, sein mag: Eine Aufgabe hatte das Komitee klar herausgestellt, nämlich die Notwendigkeit einer umfangreichen, gründlichen und abschließenden wissenschaftlichen Untersuchung des ganzen Komplexes. Daran zweifelte nun niemand mehr.

bb. Das Attorney General's Committee

Zu Beginn des Jahres 1939 wies darum Präsident Roosevelt den Attorney General an, "ein Komitee von hervorragenden Anwälten, Richtern, Gelehrten und Verwaltungsfachleuten zu ernennen und die gesamte

10) Nachweise im einzelnen bei Ruckhäberle in: Höhn, Ausländisches Verwaltungsrecht, S. 254 - 258

11) vgl. vor allem Davis, Reflections, S. 733 ff und die Entgegnung von Harris, An Exchange, S. 174 ff, sowie Landis, Adm. Process, S. 36, der den im Bericht angeschlagenen Ton "a language hardly indicative of academic restraint" bezeichnet

Verwaltungstätigkeit (administrative process) in den verschiedenen Abteilungen der Bundesverwaltung zu überprüfen¹²⁾. Das Komitee lieferte das umfangreichste Material, das bisher über das amerikanische Verwaltungsrecht und über die Vorgänge innerhalb der Bundesverwaltung zusammengetragen worden ist. Im einzelnen besteht der Bericht aus 27 Monographien, deren jede sich mit einem besonderen Zweig der Verwaltung befaßt¹³⁾. Auf die Ergebnisse im einzelnen näher einzugehen ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht erforderlich. Es sei jedoch herausgestellt, daß die Bedeutung dieser Untersuchungen vor allem darin lag, Klarheit über die tatsächlichen Vorgänge innerhalb der vielschichtigen und verschiedenartigen Behörden zu bringen. Er schuf die Möglichkeit, diese Erkenntnisse nunmehr durch entsprechende gesetzgeberische und verwaltungstechnische Maßnahmen zu verwerten.

Mit ähnlichen Fragen beschäftigten sich andere Untersuchungen. Am bekanntesten wurden der sog. Benjamin Report über die Verhältnisse im Staate New York¹⁴⁾, ferner für die Zeit nach dem 2. Weltkriege der Bericht der sog. Hoover Commission¹⁵⁾.

Diese ausgreifende Erforschung der Verwaltung in ihren verschiedensten Erscheinungsformen trug wesentlich dazu bei, die Grundlage für eine sachliche Diskussion zu schaffen, auf der dann weiter aufgebaut werden konnte. Mit der umfassenden Bestandsaufnahme der Exekutive war die Verwaltung in ihrem Verhältnis zu den anderen Institutionen der Staatsgewalt sowie zu den einzelnen Staatsbürgern und sonstigen Gruppen von Bürgern aus der Sphäre einer verschwommenen und mit vielen Vorurteilen behafteten Vorstellung herausgehoben und nunmehr weitaus deutlicherer begrifflicher Gestaltung fähig geworden. Die Bemühungen, diese Erkenntnisse möglichst in ein

12) Final Report of the Attorney General's Committee on Adm. Procedure, 77th Congress, 1st Session, Senate Document No. 8, US Government Printing Office, Washington, 1941; dazu Monographs No. 1 - 13, 76th Congress, 3rd Session, Senate Document No. 186, und Monographs No. 1 - 14, Senate Document No. 10, Washington, Government Printing Office, 1941/42

13) z.B. Veterans Adm., FCC, Adm. of Grain Standards, Post Office Dpt., Social Security Board, CAB, Bituminous Coal Division u.a.

14) Robert M. BENJAMIN, Adm. Adjudication in the State of NY, Report to Governor Herbert H. Lehman, 1942; bzgl. einzelner Sachgebiete vgl. z.B. auch: McGOVNEY, The California Chaos in Court Rev. of the Decisions of State Adm. Agencies, in: 15 South California L. Rev. 391 (1942)

15) Commission on Organization of the Executive Branch of the Government (1949)

gewisses System unter feste Prinzipien einzuordnen, hörten nun nicht mehr auf.

b. Die endgültige Lösung des Verwaltungsrechts vom Verfassungsrecht

Der Sache nach hatte es Verwaltungsrechtsnormen gegeben, seit es eine Verwaltung, einen Staat gab. Von Schrifttum über Verwaltung und Verwaltungsrecht kann man spätestens mit der ersten Gerichtsentscheidung sprechen, die sich inhaltlich mit Problemen der Verwaltungstätigkeit auseinander setzte. Aber der Gedanke, daß das Verwaltungsrecht seinen festen Ort im amerikanischen Rechtsdenken erhalten mußte, wurde erst jetzt in aller Klarheit erwogen. Bisher hatte das Verwaltungsrecht immer im Schatten des Verfassungsrechts gestanden. So wurden z.B. Probleme wie "rechtliches Gehör vor den Verwaltungsbehörden" unter dem Begriff "due process", einem Begriff aus der Verfassung, wurden Fragen wie die des Verordnungsrechts der Behörden und die Befugnis zum Erlaß eines Verwaltungsaktes vorzugsweise unter dem Gesichtswinkel der Trennung der Gewalten gesehen. Daß sie Probleme des Verfassungsrechts aufwarfen, die gerade der Verwaltung und sonst keiner anderen Rechtserscheinung eigentümlich waren, wurde erst jetzt in voller Klarheit deutlich.

Die Emanzipation des Verwaltungsrechts spiegelt sich in den amerikanischen Lehrbüchern und sonstigen Abhandlungen deutlich wieder. Geht man die Reihe der bedeutenderen Erscheinungen durch, so findet man außer den bereits zitierten Werken von Goodnow, Freund und Tiedeman nur wenige aus der Zeit vor 1930 - 32¹⁶⁾. Der eigentliche Strom der Artikel und Abhandlungen in den Law Reviews, der Monographien und Untersuchungen und der zusammenhängenden Darstellungen setzte erst um 1940 ein und wurde auch durch den Krieg nicht spürbar unterbrochen. Heute kann der Student des Verwaltungsrechts auf eine stattliche Anzahl verschiedenartigster

16) z.B. PARKER, LeRoy, The Law of Public Health and Safety, NY, 1892; FREUND, Ernst, Adm.L., Cases & Comments, St.Paul, 1911; DICKINSON, John, Adm. Justice and Supremacy of Law, Cambridge, Mass., 1927; ferner bzgl. einiger spezieller Probleme COMER, J.-P., Legislative Functions of National Adm. Authorities, NY, 1927; HENDERSON, Gerald C., Federal Trade Commission, New Haven, 1924; PATTERSON, Edwin W., The Insurance Commissioner in the US, Cambridge, Mass., 1927; SHARFMAN, L.T., The ICC, NY, 1931 - 37

Lehrbücher zurückgreifen. Dabei geht die Darstellungsmethode von der traditionellen Form des case-book aus. Sie bietet das Verwaltungsrecht also im wesentlichen unter Beschränkung auf die Fallwiedergabe und unter jeweiliger Eingruppierung unter ein bestimmtes Thema. Sodann gibt es Werke mit einer Mischung von Fall-Wiedergabe, Einreihungen und Auszügen aus der sonstigen Literatur¹⁷⁾, sowie Bücher, die die Überfülle der besprochenen Fälle nur als Fußnotierungen für das jeweils zu behandelnde Kapitel benutzen¹⁸⁾. Schließlich findet man auch das dem deutschen Leser methodisch am vertrautesten Buch, das "horn-book", das in der Darstellungsweise am meisten der bei uns gebräuchlichen Lehrmethoden angelehnt ist¹⁹⁾.

2. Die Entstehung von Gesetzen über das Verwaltungsverfahren

Für die vorliegende, im besonderen denjenigen Problemen gewidmete Abhandlung, die sich aus dem Spannungsverhältnis zwischen zunehmender staatlicher Tätigkeit und individueller bzw. wirtschaftlicher Freiheit ergeben, ist diese Entwicklung insofern von Bedeutung, als sie vor allem auf eine bessere Fundierung der Rechte des von der Verwaltung berührten Staatsbürgers innerhalb des Verwaltungsverfahrens hinzielt. Die Herausarbeitung fester Grundsätze für das Verwaltungsverfahren und für eine eventuelle gerichtliche Nachprüfung war das Bemühen der Gerichte und zahlreicher wissenschaftlicher Abhandlungen. So konnte ein vorsichtiger Betrachter, wenn auch mit gewissen notwendigen Vorbehalten, schon vor 1940 feststellen, daß einige Regeln bereits zur festen und verlässlichen Praxis der Gerichte geworden waren, so z.B. bei den Bundesgerichten die substantial evidence rule²⁰⁾.

17) z.B. Gellhorn & Byse, Adm.L.

18) z.B. Davis, Adm. L.

19) z.B. Schwartz, Adm.L.; ferner sei aus der Reihe der Lehrbücher und Darstellungen genannt: COOPER, Frank E., Adm.Agency and the Courts, Ann Arbor, 1951; DAVIS, Kenneth C., Adm.L. Treatise, St. Paul, 1958; FORKOSCH, Adm.L., Indianapolis, 1956; HART, James, An Introduction to Adm.L., NY, 1940; LAVERY, Urban, A., Federal Adm.L., St. Paul, 1952; PARKER, Reginald, Adm.L., Indianapolis, 1952; POUND, Roscoe, Adm.L., Pittsburgh, 1942; SWENSON, Richard J., Federal Adm.L., NY 1952; VOM BAUR, F.T., Federal Adm.L., Chicago, 1942

20) vgl. Universal Camera Corp. v. NLRB, 340 US 474 (1951), näheres unter II D 2 a bb S. 97 ff mit S. 120

Der Mangel an kodifizierten Regeln über das Verwaltungsverfahren wurde jedoch als derart drängend empfunden, daß noch während der Untersuchungen, die das Attorney General's Committee anstellte, im Jahre 1940 von beiden Häusern des Kongresses die Walter-Logan-Bill verabschiedet wurde, die das Verwaltungsverfahren einer genauen gesetzlichen Regelung unterwerfen sollte. Bereits 1929 hatte Senator Norris einen Gesetzesentwurf zur Errichtung von besonderen Verwaltungsgerichten eingebracht. Auch in den späteren Jahren waren ähnliche Entwürfe vorgelegt worden. Keiner war jedoch verabschiedet worden²¹⁾. Auch die Walter-Logan-Bill erlitt im Dezember 1940 durch das Veto des Präsidenten ein gleiches Schicksal, und zwar vor allem mit Rücksicht auf die noch schwebenden Untersuchungen des Attorney General's Committee. Nachdem dieses Komitee 1941 seinen Bericht abgeschlossen hatte, begannen erneut die Beratungen über ein Verwaltungsverfahrensgesetz. Nach vorübergehender Unterbrechung im zweiten Weltkrieg kamen die Verhandlungen durch Vorlage der McCarren-Summers-Bill von 1945 wieder in Fluß und endeten schließlich mit der Verabschiedung des (federal) Administrative Procedure Act (APA)²²⁾.

Damit war eine Entwicklung angebahnt, die sich auf dem Gebiete des Verwaltungsverfahrens den Schutz des Bürgers gegenüber den zahlreichen ihn betreffenden Vorgängen in der Verwaltung zum Ziele gesetzt hatte. - Die Einzelstaaten, sonst als Experimentierstuben der Union angesehen, zogen nach. 1947 besaßen mindestens 10 Staaten Gesetze über das Verwaltungsverfahren²³⁾.

Besondere Verwaltungsgerichte waren in keinem Falle vorgesehen.

21) zum Problem einer eigenen Verwaltungsgerichtsbarkeit vgl. ferner UHLMAN & RUPP: German system of adm.courts; a contribution to the discussion of the proposed federal adm.court, in: 31 Illinois L.Rev. 847 - 878, 1028 - 1046 (1937); Empfehlung der ABA, House of Delegates, zur Errichtung von Verwaltungsgerichten, mitgeteilt bei Gage, Adm.L., S. 21; ferner eine ähnliche Anregung von Guthrie aus dem Jahre 1923, zitiert in Frankfurter, The Task of Adm.L., S. 617

22) June 11, 1946. - 60 Stat. 237, 5 U.S.C.A. § 1001

23) The Illinois Adm. Rev. Act, S. 636 ff

3. Der zunehmende staatliche Einfluß auf materiell-rechtlichem Gebiete

Auf dem Gebiete des materiellen Rechts hatten die Befugnisse der Verwaltung seit den Tagen der Weltwirtschaftskrise weiterhin stetig zugenommen. So fand z.B. die gewandelte Auffassung von der Rolle des Staates in der modernen Gesellschaft ihren Niederschlag u.a. im Social Security Act von 1935, der eine Art von Alters- und Hinterbliebenen-Pflichtversicherung einführte und die inzwischen jedem Arbeitnehmer zu einer vertrauten, und vielen Amerikanern auch zu einer geschätzten Einrichtung geworden ist, da sie ihnen einen großen Teil der Sorge für alte Tage abnimmt. Die idealistische Vorstellung früherer Tage, daß es jedem Bürger selbst überlassen bleiben müsse und dürfe, wie er sich seine Altersversorgung vorstelle²⁴⁾, hatte in der Not der dreißiger Jahre einer realeren Einsicht Platz gemacht.

Ihren größten Aufschwung erlebte die Exekutive durch den zweiten Weltkrieg, als ihr in weitestem Umfang Funktionen übertragen wurden, die sämtliche Lebensbereiche des einzelnen berührten. Als Beispiel seien nur genannt: Preiskontrolle, Bewirtschaftung lebens- und kriegswichtiger Güter, Unterstellung kriegswichtiger Wirtschaftszweige unter den Befehl des Präsidenten und damit Beschneidung des Streikrechts und anderes mehr. - Die persönlichen Freiheiten wie Pressefreiheit, Redefreiheit, Freizügigkeit und körperliche Unversehrtheit blieben im großen und ganzen unangetastet. In beschämender Erinnerung verbleibt lediglich die Deportation von etwa 110.000 Bewohnern japanischer Abstammung aus den Küstengebieten des Pazifik in besondere Lager im inneren des Landes, um sich gegen für ein möglich gehaltenes unloyales Verhalten dieser Bevölkerungskreise im Falle einer japanischen Invasion zu schützen. Diese für amerikanische Verhältnisse ungewöhnlich offene Verletzung der Grundrechte einer ganzen Bevölkerungsgruppe²⁵⁾ wird nur verständlich, wenn man den niederschlagenden Eindruck des Angriffs auf Pearl Harbor mit in Betracht zieht.

24) s.o. S. 17, Anm. 15

25) lediglich von der Negerfrage abgesehen. Der Civil Rights Report, S. 30, bezeichnet es als "the most striking mass interference since slavery with the right to physical freedom".

Der Einfluß des Staates ging auch nach dem Kriege nicht wesentlich zurück. Inzwischen hat sich längst die Erkenntnis durchgesetzt, daß seine Aufgabe eine andere geworden ist, als sie es vor hundert Jahren war, und daß sie es in dieser durchorganisierten und spezialisierten Gesellschaft auch sein muß - leider, wie viele mit aufrichtigem Bedauern hinzusetzen. Das Wort von der Verwaltung als Leistungsträger²⁶⁾ ist zwar dem Buchstaben nach (noch) nicht in der amerikanischen Literatur aufgetaucht²⁷⁾, dem Sinne nach aber durchaus vorhanden und als solches auch gewürdigt. Wenn auch sicherlich nicht anzunehmen ist, der amerikanische Staat sei auf dem Wege zum Sozialismus, so hat er doch einen guten Teil dessen in sich aufgenommen, was wir mit dem Wort "sozialer Wohlfahrtsstaat" bezeichnen und was uns in Amerika in den Worten "welfare state" entgegentritt²⁸⁾. So trug z.B. Truman's Plan eines "fair deal" mit der Bill of Economic Rights nicht unwesentlich zu dieser Entwicklung bei, wenngleich auch nicht alle seine Absichten zur Verwirklichung einer sozialen Gerechtigkeit und wirtschaftlichen Sicherheit Wirklichkeit wurden²⁹⁾.

4. Zusammenfassung

Es ist müßig, im einzelnen darüber Vergleiche anzustellen, wie weit diese Entwicklung in Amerika bereits im Verhältnis zu anderen Staaten, etwa zu England oder Schweden, fortgeschritten ist. Für unsere Betrachtung ist von Bedeutung, daß sich der einzelne jetzt einem ganz anders gestrafften Gemeinwesen als dem schwächer entwickelten liberalen Staat gegenüber sieht. Mit der Umwandlung seiner sozialen und wirtschaftlichen Umwelt hat sich auch das Verhältnis Staat- Individuum gewandelt³⁰⁾. Nicht die Tatsache als

26) Forsthoff, Verwaltung als Leistungsträger; Daseinsvorsorge als Befriedigung des menschlichen Appropriationsbedürfnisses seiner sozialen Bedürftigkeit, vgl. z.B. S. 5 f

27) Freund, Adm. Powers, S. VII, beklagte allerdings, daß noch keine systematische Behandlung der "service power" des Staates erschienen sei

28) die USA bereits als "ausgesprochenen Wohlfahrtsstaat" zu bezeichnen, wie es Klein, Verordnungsermächtigung, S. 56, tut, geht wohl etwas zu weit

29) so scheiterte z.B. bis heute der Plan einer sozialen Krankenversicherung; zum fair deal vgl. im übrigen Loewenstein, Staatspolitik, S. 47 - 53

30) die Verpflichtung zum "positive government" spiegelt sich in 30 der 37 seit 1947 erlassenen Verfassungen der Einzelstaaten wieder, vgl. Gellhorn, Individual Freedom S. 7, Anm. 2

solche ist zu bedauern. Wohl aber birgt sie die erhöhte Gefahr in sich, daß der Mensch in zunehmendem Maße von der Maschine Staat erfaßt und ihr ohne Schutz ausgeliefert wird.

Mit dem Ausbau der staatlichen Tätigkeit und der Regierungsgewalt, mit der Zunahme verwaltungsrechtlicher Befugnisse und Einwirkungsmöglichkeiten muß daher ein Ausbau des Verwaltungsrechts i.S. eines Verwaltungsschutzrechts Hand in Hand gehen. Der Ausgangspunkt ist dem Amerikaner in seinen Grundrechten, in der bill of rights, vorgegeben. Die Aufgabe lautet nunmehr, das Bemühen um die Ausgestaltung im einzelnen fortzuführen, und zwar insbesondere mit den Mitteln des Verfahrensrechts und mit Hilfe einer Auslegung der Grundrechte durch Legislative und Richter im Geist freiheitlicher Gesinnung und rechten Verständnisses von der gewandelten Staats- und Gesellschaftsstruktur. Dies ist eine Aufforderung, die sich immer wieder von neuem dem Gesetzgeber und den Juristen sowie all denen stellt, denen die "gewissen unveräußerlichen Rechte wie Leben, Freiheit und Streben nach Glück" lebenswerte, lebensnotwendige Voraussetzungen bedeuten.

E. Rückblick und Ausblick

1. Typische Ursachen der aufgezeigten Entwicklung

Verglichen mit dem hergebrachten System des common law und auch verglichen mit dem Verwaltungsrecht kontinentaler Prägung ist das amerikanische Verwaltungsrecht eine noch sehr junge Disziplin. Im Verlaufe der vorangegangenen Erwägungen wurde bereits sichtbar, aus welchen verschiedenen Gründen das der Fall ist. Nach diesem ersten Überblick über die Ursprünge seiner Entstehung soll daher auf einige bedeutendere Ursachen zusammenfassend hingewiesen werden.

a. Das Denksystem des common law

Auf eine kurze, und daher stark verallgemeinernde und zu Mißdeutungen fähige Formel gebracht, kann der Unterschied zwischen kontinentalem Recht (civil law) und anglo-amerikanischem Recht (common law und equity) dahin erklärt werden, daß mit dem ersten ein Rechtssystem gemeint ist, das das geltende Recht im wesentlichen in Kodifikationen enthält (statute law), während das letztere aus

dem einzelnen Fall oder einer Folge von Fällen das Recht entnimmt (case law) und auf geschriebenes Recht im Sinne von schriftlich fixierten Gesetzen weitgehend verzichtet. Dies ist nicht nur ein Unterschied in der Quelle, aus welcher der Richter das Recht abliest, sondern zugleich ein Unterschied in der Methode, nämlich darin, wie er dies tut. Für den common law Juristen ist stets der Fall der Lehrmeister, der nach der klassischen Ansicht das Recht bereits in sich birgt¹⁾. Sache des Richters ist es nur noch, dieses Recht zu erkennen und auszulegen²⁾.

Dies stimmt natürlich vielfach, vor allem in Fällen, die sich modernen Vorgängen widmen, längst nicht mehr, was auch von einer realistischen Betrachtungsweise klar erkannt wird. Die Rolle des Richters wechselt daher in weitem Maße von der auslegenden Tätigkeit zur rechtsgestaltenden, rechtsschöpfenden Tätigkeit (judge made law), wie wir es in dem nüchternen Satz ausgedrückt finden: Recht ist, was der Richter als Recht hinstellt³⁾.

Gleichwohl hat diese soziologische und psychologische Zerlegung des richterlichen Erkenntnisvorganges⁴⁾ nichts an der Tatsache geändert, daß im Denken des anglo-amerikanischen Juristen der harten Wirklichkeit des zu lösenden Falles stets der Vorzug gegeben wird vor einem abstrakten System. Systeme sind hier höchstens Wegweiser, an die sich niemand hält, wenn der Druck der Notwendigkeiten in eine andere Richtung zwingt⁵⁾.

Es ist daher nicht verwunderlich, wenn in einer solchen Atmosphäre die Bildung eines Systems - hier im Hinblick auf das Verwaltungsrecht - nicht die Bedeutung gewonnen hat, an die der Jurist aus den Ländern des civil law gewöhnt und auf die er angewiesen ist. Bereits Goodnow weist darauf hin, daß dem englischen Gelehrten eine rechtliche Klassifizierung (legal classification)

1) "ex facto ius oritur"

2) Blackstone bezeichnete den Richter als "lebendes Orakel des Rechts"

3) Holmes, The Path of the Law, in: Collected Legal Papers, S.173: "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law."

4) vgl. z.B. Cardozo, The Nature of the Judicial Process; in ähnlichem Sinne auch die Werke von Holmes, Brandeis, Pound sowie Llewellyn und Jerome Frank

5) Holmes, The Common Law: "The life of the law has not been logic: it has been experience", abgedruckt in Holmes, The Mind and Faith, S. 51

offenbar noch nie bedeutsam erschienen sei⁶⁾. Auch Radbruch zeigt sehr anschaulich - wenn auch in extremer Ausdrucksweise -, wie der angelsächsische Rechtswissenschaftler allgemeinen Theorien und Rechtsphilosophien mißtraut, daß dieser nur ungern den dem einzelnen Fall entnommenen individuellen Rechtssatz als allgemeinverbindlich aufstelle⁷⁾, damit⁸⁾ nicht später durch den Lehrmeister einer unendlich erfinderischen und wandelbaren Erfahrung gegenüber seiner vorgefaßten Meinung in Konflikte gerät⁸⁾. Ungleich drastischer drückten englische Gelehrte ihre Abscheu gegen konstruierte oder erdachte Systeme aus, wenn sie z.B. über die deutschen Schriftsteller der Naturrechtslehre und ihre umfangreichen Werke sagten: "Eine abscheuliche Literatur sowohl was den Umfang als auch die Art angeht", oder: "Das Leben ist zu kurz, um mit diesen (dicken) Büchern fertig zu werden"⁹⁾.

Ein solcher Geist, der natürlich in weitem Umfange auch in den Staaten lebt, die ihr Rechtssystem von England übernommen haben, ist dem Fallrecht verschworen. Er kann nur mit Geringschätzung auf das angeblich blutleere, Systematik anstrebende Gesetzesrecht herabblicken. -

Vom europäischen Standpunkt aus ist man gegenüber dieser sehr robusten und bloß pragmatischen Auffassung vom Recht geneigt zu fragen, ob nicht gerade der mangelnde Wille zur Systembildung dazu beigetragen habe, daß es so schwer war, dem Verwaltungsrecht die notwendige Anerkennung eines selbständigen Rechtsgebiets zu verschaffen.

b. case law und die Entwicklung des modernen Staates

Noch auf ein weiteres ist an dieser Stelle hinzuweisen. Das nach common law und equity entwickelte Rechtssystem reichte völlig aus,

- 6) Adm.L., S. 2, unter Wiedergabe eines Zitates von Holland, Elements of Jurisprudence, 1st ed., Preface: "... the classification of English law 'is little more than a collection of isolated rules strung together, if at all, only by some slender thread of analogy'".
- 7) in gewissem Umfange tut er das natürlich doch, da ja die durchaus bestehenden allgemeinen Rechtsregeln des common law gerade aus den Fällen abgeleitet werden
- 8) Radbruch, Anglo-American Jurisprudence, S. 543
- 9) zitiert bei Radbruch, Anglo-American Jurisprudence, S.530, 540

den Erfordernissen von Recht und Gerechtigkeit in der Gesellschaft des 17. und 18. Jahrhunderts genüge zu tun. Die in diesen Jahrhunderten auftretenden gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen verliefen noch in einem Tempo, das durch die langsam arbeitende Fallmethode durchaus bewältigt wurde. Entscheidungen über neuartige Rechtskonflikte konnten dem allgemeinen, bereits bestehenden Rahmen der Rechtsprechung angepaßt und eingeordnet werden.

Im Zeitalter der Industrialisierung jedoch, der geschäftlichen Expansionen und des schnellen Wechsels der Gesellschaftsstruktur, insbesondere beim Wandel der Agrar zur Industriegesellschaft mit den ständig komplizierter werdenden tatsächlichen und rechtlichen Vorgängen im Wirtschaftsleben mit - wie gezeigt - entsprechend zunehmender staatlicher Betätigung mußte dieses pragmatische Verfahren seine Schwächen zeigen. Die nach common law und equity getroffenen gerichtlichen Entscheidungen erwiesen gerade auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts ihre Unzulänglichkeit.

Das Hauptübel war, daß man die Probleme, die der moderne Staat insbesondere im Zusammenhang mit seiner wachsenden Verwaltung an die Gerichte herantrug, mit den üblichen Mitteln des common law lösen wollte. Man hielt dies durchaus für möglich, denn noch immer hatte sich bisher eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse mit der bisherigen Rechtspraxis auffangen lassen. Darum sollte auch die Entwicklung im modernen Massenstaat zunächst rechtlich durch die Methoden gesteuert werden, die für vergangene Zeiten und Umstände benutzt worden waren¹⁰⁾. Das angelsächsische Bestreben, der neuen Erscheinung des modernen Staates die rechtliche Anerkennung zu versagen, indem man es unterließ, die juristische Betrachtungs- und Behandlungsweise den veränderten Bedürfnissen und Entwicklungen anzupassen, hat auch die Entwicklung des Verwaltungsrechts auf lange Zeit hinausgezögert¹¹⁾.

-
- 10) besonders deutlich wurde dies u.a. an den beschränkten Möglichkeiten und den Formalitäten bzgl. der gerichtlichen Überprüfung eines Verwaltungsaktes, die common law und equity boten, - im einzelnen vgl. unten unter II D 2 b bb, S. 117ff
- 11) vgl. dazu Port, Adm.,L., S. XI f: "... it is merely folly to shut our eyes and to attempt to force all legal administration into old channels through which it can never flow freely or develop fully ..."

Dabei fehlte es dem anglo-amerikanischen Juristen in dieser Hinsicht nicht an einem Vorbild, das ihm hätte behilflich sein können: auch das Moment des equity war als Komponente gerichtlicher Entscheidungen einstmals ein Neuling gegenüber dem common law gewesen und hatte dazu beigetragen, einer veränderten Umwelt seitens der Gerichte rechtlich entsprechen zu können. Sein Aufkommen in England war ebenfalls darauf zurückzuführen gewesen, daß die bisher bestehenden Regeln des common law nicht ausgereicht hatten und den tatsächlichen Verhältnissen nicht mehr gerecht geworden waren.

Im modernen Staat versagten jedoch die Möglichkeiten des common law und des equity-system, jedenfalls so, wie sie von der Praxis gehandhabt wurden, um den neuen Verhältnissen allein durch Richterspruch Rechnung tragen zu können. Darum mußte schließlich der Gesetzgeber Abhilfe schaffen, und zwar durch Gesetze verwaltungsrechtlichen Inhaltes. Auf diese Weise entstand das, was der Sache nach als Verwaltungsrecht zu bezeichnen ist, was aber lange dieser Bezeichnung entbehrte, weil es gleichsam in einer Atmosphäre der Animosität aufwuchs. Von Anfang an sah sich das Verwaltungsrecht der kritischen Gegnerschaft des gesamten Juristenstandes gegenüber¹²⁾. Anstelle einer systematischen Einordnung, Erforschung und Überlegung konnte daher den jeweils entstehenden besonderen Bedürfnissen nur an Ort und Stelle in Form von Stückwerk durch ad-hoc-Gesetze und durch Errichtung entsprechender Behörden Rechnung getragen werden. "It just growed like Topsy"¹³⁾, so charakterisierte Frankfurter im Jahre 1941 rückschauend die Lage vom Ende des 19. Jahrhunderts an bis zu den ersten systematischen Unter-

12) Jackson, The Adm. Process, teilw. abgedruckt bei Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 35

13) Topsy ist eine bekannte Gestalt aus den comic strips

suchungen, die mit dem Committee on Administrative Management unter Roosevelt begannen^{14) 15)}.

2. Definition und Begriff des Verwaltungsrechts

Was versteht nun der amerikanische Jurist unter Verwaltungsrecht (administrative law), welche Vorstellungen verbindet er damit und welche Aufgabe hat es nach seiner Ansicht vornehmlich zu erfüllen ?

Eine genaue und erschöpfende Definition ist im amerikanischen Recht nicht möglich¹⁶⁾. Gleichwohl soll nicht versäumt werden, abschließend auf einige Definitionen hinzuweisen, die den bisher festgehaltenen Eindruck noch zu unterstreichen geeignet erscheinen.

Auszugehen ist dabei von der Gliederung der Staatsgewalt in die gesetzgebende, richterliche und ausführende. Aber zweifellos ist der gesamte Rechtskomplex, der mit dieser dritten Gewalt, der Exekutive, verbunden ist, zu umfangreich, um als Verwaltungsrecht im strengen Sinne zu gelten¹⁷⁾. So werden z.B. Regierungsakte als Ausdruck politischer Staatstätigkeit¹⁸⁾ üblicherweise nicht mit einbegriffen, wenn vom Verwaltungsrecht die Rede ist. Nur wenig

14) vgl. Schwartz, Adm.L., S. 2

15) vgl. hierzu ferner: Pound, in: Freund et al., Growth, S.130: "The entire subject of adm.l. ... is in a comparatively undeveloped stage"; Freund et al., Growth, S. 40: "... a good deal of this law has grown up and still lives in great obscurity, fashioned by the very occasional and sporadic reflections of judges who rarely saw more than one particular angle of the subject"; Kaufmann, in 6 John Marshall L.Q. 1 (1940): adm. agencies have grown up without any system, uniformity, procedural organization and certainty, rhyme, scheme, limit... "conceived and born amidst confusion and public ignorance of their purpose and power" ... adm.l. is often more administration than law, - zitiert bei Gellhorn, Adm.Proceedings, S.1 f; Report of the President's Committee on Adm.Management: "The Executive Branch of the Government ... has ... grown up without plan or design ... Commissions have been the result of legislative groping rather than the pursuit of a consistent policy", zitiert nach Vanderbilt, The Challenge, S.179, Anm.65; vgl. ferner Wolff, Verwaltungsrecht, § 9 III b, S. 38

16) vgl. die resignierenden Feststellungen in 42 Am.Jur."Public Adm.L.", § 3: "The concept is vast, shapeless and unrestricted ... It is only with trepidation, therefore, that one may set out to seek fundamentals in the mass of decisions ..."

17) ebenso Pound, in: Freund et al., Growth, S. 110

18) vgl. Wolff, Verwaltungsrecht, § 46 III, S. 246 f mit § 18 I b 3, S. 63

interessieren den amerikanischen Verwaltungsrechtler auch Fragen wie z.B. das Recht der öffentlichen Sache, Anstaltsrecht, Beamtenrecht, Subjekte des Verwaltungsrechts (Gemeinden, Behörden, Ämter, Kommissionen) oder das Recht der Enteignung, um nur einige zu nennen. Z.T. werden diese Fragen außerdem in die Gruppe der political science oder des administrative management eingeordnet.

Ebensowenig ist ihm eine Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht geläufig, die zu einer sinnvollen Klarstellung des Begriffs Verwaltungsrecht als Hilfsmittel herangezogen werden könnte¹⁹⁾, obgleich es auch in Amerika Rechtssätze gibt, die zweifellos nur dem öffentlichen Recht angehören, weil sie ausschließlich in ihrer Zuordnung auf Verwaltungsträger ausgerichtet sind²⁰⁾ und in Rechtsbeziehungen zwischen Privaten nicht auftreten. So taucht z.B. im Kommunalrecht hin und wieder der Versuch einer Unterscheidung in den Handlungsweisen der Gemeinden in dem Sinne auf, daß sie in einer "proprietary function" oder aber in einer "governmental function" erfolgen können, eine Unterscheidung, die an die uns geläufige Differenzierung zwischen hoheitlicher und privatrechtlicher Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Organe erinnert. Sie kann in Amerika vor allem im Recht der unerlaubten Handlung zu verschiedenen Rechtsfolgen führen²¹⁾.

Im ganzen ergibt sich für den amerikanischen Juristen ein weit engerer Begriff des Verwaltungsrechts, als es etwa dem deutschen vertraut ist. Goodnow beschrieb es als den Teil des Rechts, der von der Errichtung der Verwaltungsbehörden handelt, ihre Zuständigkeit und Befugnis umschreibt und dem betroffenen Bürger gegebenenfalls ein Rechtsmittel zuweist²²⁾. Frankfurter sagt, es handle "von der gesetzlichen Kontrolle, die durch rechtsanwendende Behörden (andere als gerichtliche) durchgeführt, und von der

19) vgl. bereits oben, Einleitung S.2 ff. - "Vestigia terrent" schreibt Freund, Adm.Powers, S.8, Anm.1 im Hinblick auf die Situation in Deutschland; wohl aber kennt der am.Jurist eine ähnliche Unterscheidung, die sein ganzes Rechtssystem durchzieht und vergleichbare Schwierigkeiten und Probleme aufwirft wie bei uns die Trennung von öffentl.und privatem Recht, nämlich die Trennung zwischen law und equity, vgl. die Klage bei Schlesinger, Comparative L., S. 245

20) vgl. Wolff, Verwaltungsrecht, § 22 II, S. 80 ff; ferner Wolff, Öffentliches und privates Recht, S. 210

21) vgl. Fordham, Local Government, S.1020, der zwischen private, ministerial, corporate or proprietary auf der einen Seite und public, political or governmental auf der anderen unterscheidet

22) Adm.L., S. 17

gerichtlichen Kontrolle, die über solche Behörden ausgeübt wird"²³⁾, eine Definition, die sich, wie Parker²⁴⁾ zustimmend betont, stark an den Wortlaut der Verfassung anlehnt, die dem Präsidenten als dem Repräsentanten der ausführenden Gewalt vorschreibt, darüber zu wachen, daß die Gesetze getreulich ausgeführt werden²⁵⁾. Obwohl Parker nicht viel von der Nützlichkeit einer Definition hält, umschreibt er dann schließlich das Verwaltungsrecht "als den Teil des Rechts, der Aufgaben und Tätigkeit der Verwaltungsbehörden, d.h. des ausführenden Arms der Regierungsgewalt, bestimmt, und zwar einschließlich der Normen für gerichtliche Überprüfung"²⁶⁾.

Ähnlich äußert sich Pound, der den Begriff allerdings dahin einengt, daß er nur diejenigen Tätigkeiten der Behörden erfaßt, die auf den einzelnen von Einfluß sind und die zugleich der Förderung der allgemeinen Wohlfahrt dienen sollen²⁷⁾. Dabei zählt er beispielhaft auf, was nach seiner Ansicht unter dieses Gebiet fällt, so z.B. Bestimmungen über öffentliche Betriebe, gefährliche Berufe, Schulen, Veranstaltungen, Gesundheit und Hygiene, Fürsorge usw. - Noch enger umreißt Dodd die Bedeutung des Verwaltungsrechts, indem er vornehmlich die Funktion des Verwaltungsrechts herausstellt, die den einzelnen vor Übergriffen dieser Verwaltung bewahren soll: Verwaltungsrecht "... kontrolliert die Tätigkeit eines Beamten oder einer Behörde in der Ausübung ihrer Befugnisse ..." ²⁸⁾.

Am klarsten ergibt sich der gebäuchliche Sinn des Wortes Verwaltungsgsrecht jedoch aus den Definitionen der heute benutzten Lehrbücher, unter denen die von Schwartz, Davis und Gellhorn & Byse als Beispiel herangezogen werden sollen. Sie erfassen und behandeln das Verwaltungsrecht als das Recht betreffend die Befugnisse

23) The Task of Adm.L., S. 615: "adm.l. deals with the field of legal control exercised by law-administering agencies other than courts, and the field of control exercised by courts over such agencies"

24) Adm.L., S. 3

25) US Constitution, Art. II Sec. 3 a.E.

26) Adm.L., S. 6: "... as that part of the law that governs the functions of adm.agencies, i.e. of the executive branch of government, including such norms as provide for judicial review of adm. acts ..."

27) in Freund et al., Growth, S.111: "adm.l. implies that branch of modern law under which the executive department of government, acting in a quasi-legislative or quasi-judicial capacity, interferes with the conduct of the individual for the purpose of promoting the well-being of the community"

28) Illinois Adm. Procedure, S. 19

der Verwaltungsbehörden und das Verwaltungsverfahren²⁹⁾, lassen aber durch die Wahl der einzelnen Kapitel und deren Umfang erkennen, daß der Schwerpunkt ihrer Betrachtungen auf dem Gebiete liegt, das der Amerikaner mit dem Wort "administrative process" umreißt. Damit ist ein ganzer Komplex von Erscheinungen umfaßt. Im wesentlichen ist die Tätigkeit der Verwaltung gemeint, die sich in dem Erlaß von Verordnungen und Verwaltungsakten äußert sowie die damit zusammenhängenden Vorgänge und Befugnisse wie z.B. behördliche Voruntersuchungen, Überwachungen durch die Behörden, Einleitung eines förmlichen Verfahrens usw. sowie die Frage der Überprüfung dieser Tätigkeit durch die Gerichte³⁰⁾.

Die Betonung liegt dabei klar auf der Sicherung des Staatsbürgers durch die Herausarbeitung von ihn schützenden Verfahrensregeln, also auf der Frage, wie eine Verwaltungsbehörde vorzugehen hat und welche Befugnisse ihr als Hilfsmittel für dieses Vorgehen an die Hand gegeben sind; und weniger auf der Frage, ob die Behörde überhaupt auf Grund materiell-rechtlicher Vorschriften vorzugehen befugt ist³¹⁾. Hier kommt deutlich zum Ausdruck, was einmal der chairman der Abteilung für Verwaltungsrecht der ABA, dieser großen und einflußreichen Standesorganisation der amerikanischen Anwälte, in die Worte gekleidet hat:

"Solange wie das Verfahren, im Verlaufe dessen eine Entscheidung gefällt wird, fair ist, werden die meisten Amerikaner ihr auch in der Sache selbst nachkommen. Laß aber eine solche Entscheidung ohne Berücksichtigung solcher angemessener prozessualer Verfahrensgrundsätze ergehen, so wird die betroffene Person im allgemeinen niemals mit dem Ergebnis zufrieden sein, und sei es auch noch so gerecht." 32)

Folgerichtigerweise beschäftigen sich daher diese Bücher mit Fragen wie: Informationsrecht der Verwaltung; formloses oder förmliches Verwaltungsverfahren; Recht auf Gehör; Recht auf Gegenüberstellung mit Zeugen und anderen Beweismitteln; Umfang des Ordnungsrechts und Verfahren beim Erlaß von Verordnungen; Unabhängigkeit und Stellung der entscheidenden Beamten, - und mit ähnlichen

29) vgl. Davis, Adm.L., S. 1, 2; Schwartz, Adm.L., S. 3 f; Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 60

30) Davis, Adm.L., S. 3 f; Schwartz, Adm.L., S. 3 f; Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 60

31) vgl. die Warnung von Cramton, Besprechung, S. 32, gegen diese einseitige Sicht

32) Gage, Adm.L., S. 19 f

Dingen sowie mit den Möglichkeiten, Voraussetzungen und dem Umfang einer gerichtlichen Nachprüfung. Vergebens sucht man eine geschlossene, eingehende Darstellung z.B. des Wesens des Verwaltungsaktes³³⁾, der Begriffe wie Auflage und Bedingung, ferner - wie schon gestreift - des Rechts der öffentlichen Sache (Gemeingebrauch an Straßen, Wasserrecht usw.) oder der Subjekte des öffentlichen Rechts, ferner über Enteignung, Verwaltungszwang und Verwaltungsvollstreckung³⁴⁾ und manches andere mehr.

Als Ergebnis muß daher festgestellt werden, daß Verwaltungsrecht im amerikanischen Sinne nach Definition und Übung einen wesentlich beschränkteren Umfang besitzt als nach französischer oder deutscher Auffassung³⁵⁾.

Die Bedeutung, die dem Verwaltungsrecht heute im amerikanischen Rechtsleben zugewiesen ist, spiegelt sich im zuvor Beschriebenen wieder: Schutz des einzelnen vor der Verwaltung. Als eines der wichtigsten Mittel dieses Schutzes wird die eingehende Beschäftigung mit dem Verwaltungsverfahren, dem administrative process, angesehen, die dem Wesen der Verwaltung durch Erforschung der ihr typischen Arbeitsmethoden und -bedingungen auf den Grund kommen will. Auf diese Weise wird der Geschehensablauf bei der Verwaltungstätigkeit einer eingehenden Analyse unterzogen und ihm damit das dem Normalamerikaner verdächtige Geheimnis genommen. Es ist der Kampf gegen den unpersönlichen Verwaltungsapparat im Wege einer erkenntnismäßigen Zerlegung in einzelne, durch Menschen vollzogene Vorgänge³⁶⁾. Der Leviathan soll mit Hilfe des Verfahrensrechts gebändigt werden. Darum soll möglichst in jedem Verfahrensabschnitt dem betroffenen Menschen ein Recht auf Mitwirkung und Mitbeeinflussung durch Gewährung von ausreichendem rechtlichen Gehör, durch ausreichende Unterrichtung und ähnlichen Maßnahmen eingeräumt werden.

33) für am. Verhältnisse unfaßbar wäre z.B. vermutlich eine Aufteilung der Verwaltungshandlungen in 18 verschiedene Typen, darunter 3 Hauptgruppen und bis zu 3 Untergruppen, vgl. Wolff, Verwaltungsrecht. § 45, S. 233 ff

34) bzgl. Einzeldarstellung zur Erlangung eines ersten informativischen Überblicks zum Problem des Verwaltungszwanges vgl. Parker, Execution of Adm. Acts, 24 U.o. Chicago L. Rev. 292-313 (1956/57)

35) so auch ausdrücklich Schwartz, Adm. L., S. 4; siehe ferner Freund, Adm. Powers, S. 112, Anm. 14, obwohl gerade er es ist, der im Vergleich mit anderen Verfassern einen unverhältnismäßig größeren Überblick gibt; dies gilt z.T. auch für sein früheres Werk über die Police Power

36) z.B. das Problem der institutional decision, - näheres vgl. unten unter II D 2 a bb, S. 107 ff

3. Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft

Für den Juristen besteht nun, nachdem zahlreiche Untersuchungen eine hinreichende Erkenntnisgrundlage geschaffen und z.T. auch schon zur Kodifizierung des Verfahrens geführt haben, die Aufgabe, dieses Verwaltungsrecht noch mehr als bisher in die bereits bestehende Rechtsordnung einzufügen und sich auf seine grundlegenden Prinzipien immer wieder zu besinnen. Die Forderung nach einer stets neuen Orientierung, Überprüfung, Systematisierung und Einordnung der bestehenden Probleme und Auffassungen, wie sie Rheinstein für das Recht allgemein aufgestellt hat³⁷⁾, gilt auf dem Gebiete des amerikanischen Verwaltungsrechts in besonderem Maße. Dies ist umso notwendiger, als die Fülle der auftauchenden Fragen von Jahrzehnt zu Jahrzehnt zugenommen hat und weiterhin auch zunehmen wird. Insbesondere das Verwaltungsrecht wird an Umfang weiterhin anwachsen. Damit wird die Gefahr, die Übersicht in der Fülle der Einzelheiten zu verlieren, vergrößert. Aus den 5.000 Entscheidungen in der Zeit von Coke (1552 - 1633) und Bacon (1561 - 1626) und den etwa 10.000 Entscheidungen zur Zeit Mansfields (1705 - 1793) und Blackstones (1723 - 1780) entwickelte sich in Amerika ein Bestand von insgesamt 2.100.000 Entscheidungen und nimmt mit 22.000 monatlich veröffentlichten Entscheidungen weiter zu³⁸⁾, von der anschwellenden Flut der Gesetze und Verordnungen ganz zu schweigen³⁹⁾. Die wichtigste Aufgabe ist dabei, unter entsprechender Anpassung und Berücksichtigung des überkommenen Rechtssystems die in der modernen Massengesellschaft notwendige und zunehmende staatliche Tätigkeit in ihrer Wirksamkeit zu erhalten und zu fördern, zugleich aber den Schutz der bürgerlichen Grundrechte zu bewahren.

37) Rheinstein, Besprechung, S. 603

38) Vanderbilt, The Challenge, S. 173

39) vgl. bereits oben S. 27; ferner Parker, Adm.L., S. 5: der U.S.C.A. besteht aus etwa 80 Bänden, meist bzgl. Gesetze verwaltungsrechtlichen Inhalts. - Das besondere Verwaltungsrecht in allen Einzelstaaten der USA umfaßt mehrere 100 Bände. Die Entscheidungen allein des NLRB haben bereits 90 Bände erreicht; zusammen mit den Entscheidungssammlungen des Bureau of Internal Revenue - Tax Court of the US und der ICC entspricht dies dem Umfang der Entscheidungssammlungen aller Bundesgerichte (courts of appeal und district courts), vgl. Vanderbilt, The Challenge, S. 138

Kapitel II

Gewaltentrennung und procedural due process

"Alles wäre verloren, wenn derselbe Mensch oder die gleiche Körperschaft der Großen, des Adels oder des Volkes diese drei Gewalten ausüben würde: die Macht, Gesetze zu geben, die öffentlichen Beschlüsse zu vollstrecken und die Verbrechen oder die Streitsachen der einzelnen zu richten." 1)

"In the development of our liberty insistence on procedural regularity has been a large factor." 2)

Im vorangegangenen Kapitel wurde umrissen, wie sich in Amerika das Wachsen des modernen Staates im Entstehen einer Disziplin des Verwaltungsrechts widerspiegelte. Dabei wurde ersichtlich, welche Machtstellung die Exekutive erlangt hat. Anfänglich war der Staat im wesentlichen nur Steuereinnahmer, Soldat, Schutzmann und Richter gewesen. Dann jedoch sah er sich gezwungen, regulatorisch mit Hilfe zahlreicher administrative agencies nach dem Vorbild der ICC^{3a)} in das wirtschaftliche und soziale Leben einzugreifen. In der späteren Entwicklung übernahm er schließlich im Rahmen der Daseinsvorsorge auch die Rolle eines Arztes, Lehrers, Wohnungsbauunternehmers, Ingenieurs, Versorgungsbetriebes für Gas, Wasser, Strom und öffentlichen Verkehr, Straßenbauers, Pensionsausgebers, Wirtschaftssachverständigen oder sogar eines Unternehmers^{3b)}.

Zur wirksamen Durchführung dieser neuen Aufgaben übte die Exekutive Funktionen aus, die nach Ansicht manches angesehenen Verfassungsrechtlers ausschließlich der Legislative und der richterlichen Gewalt vorbehalten waren. Doch nicht genug damit, es trat neben der Exekutive auch etwas auf, was von vielen als die vierte Gewalt bezeichnet wurde.

Damit erschien die Lehre von der Gewaltentrennung in einem neuen Licht. Weil nun aber das Prinzip der Gewaltentrennung von

1) Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, Buch XI, Kapitel 6, S.215

2) Justice Brandeis in: Warren, The Federal APA. Foreword

3a) vgl. oben S. 9 f, 14 f

3b) in Anlehnung an Robson, in: Committee on Minister's Powers, Minutes of Evidence (1932), S. 52, zitiert in Schwartz, Constitutional L., S. 165

jeher als eines der wirksamsten Mittel angesehen worden war, um den einzelnen in seinen bürgerlichen Rechten vor Übergriffen des Staates zu schützen, mußte jetzt das Verhältnis Staat - Individuum einer neuen Überprüfung unterzogen werden, wenn nicht diese Freiheitsrechte von der neuen, veränderten Exekutive mit ihren vorher nicht geahnten umfangreichen Befugnissen und Möglichkeiten erdrückt werden sollten.

Als Handhabe zu einer solchen Neubesinnung erwies sich die Lehre vom due process. Sie wurde im Laufe der Entwicklung zu einem festen Bollwerk gegen Übergriffe des Staates in das geheiligte Gebiet der Grundrechte. Vor allem als Verfahrensmaxime (procedural due process) erwies sie sich als ein wirksames Mittel gegenüber der erstarkenden Exekutive, die die allzu engen Fesseln orthodoxer Verfassungsauslegung gesprengt hatte.

Hiervon soll im folgenden die Rede sein.

A. Gewaltentrennung nach ursprünglicher amerikanischer Auffassung und Praxis

"Separation of powers as a political maxim is old; but as a principal of government, sanctified by being elevated to the constitutional level and embroidered by pontifical moral phrases, it has distinctly American flavor." ^{4a)}

Eine Unterscheidung der Regierungsgewalten kann in zweifacher Hinsicht erfolgen, und zwar zum einen, welche Gewalten im materiellen, qualitativ verschiedenen Sinne bestehen, und zum anderen, welche Funktionen (Kompetenzen) einer bestimmten eigenständigen Organgruppe zugewiesen sind (Begriff der Gewalten im materiellen und funktionellen Sinne) ^{4b)}. Die Unterscheidung der materiellen Gewalten geht auf Locke ⁵⁾ und Montesquieu ⁶⁾ zurück, die in ihr ein Verfassungsprinzip erkannten, das es ermöglicht, dem Staat die notwendige Stärke und Funktionsfähigkeit zu verleihen, das aber zugleich den einzelnen vor einem Mißbrauch dieser Staatsgewalt schützt.

Locke unterschied die konstitutive, legislative, exekutive und föderative Gewalt; Montesquieu gliederte in die gesetzgebende und ausführende Gewalt. Beide wiesen die von ihnen unterschied-

4a) Landis, Adm. Process, S. 1

4b) vgl. Wolff, Verwaltungsrecht, § 16 II c, S. 57 f

5) Government, ch. XII, Nr. 143, S. 190

6) Vom Geist der Gesetze, Buch XI, Kapitel 6, S. 214 - 229

denen materiellen Gewalten jeweils verschiedenen Organgruppen zu, so Locke die konstitutive dem Volk, die legislative dem Parlament, die exekutive dem Monarchen und die föderative den lokalen Verwaltungen. Montesquieu wollte den Standesvertretungen die gesetzgebende Gewalt und dem Monarchen die auswärtige Gewalt (Außenpolitik) sowie das Wehr- und Finanzwesen, ferner den Gerichten die Angelegenheiten des zivilen Rechts übertragen. Sie vertraten also eine Kongruenz zwischen materiellen und funktionellen Gewalten⁷⁾.

Die Trennung der materiellen Gewalten erschien auch den Gründern der amerikanischen Einzelstaaten des 18. Jahrhunderts - wie zuvor bereits Locke und Montesquieu - als ein geeignetes Strukturprinzip für die Verfassungen ihrer jungen Staaten. Auch sie erwarteten von ihm ausreichenden Schutz vor einer zu starken Regierung, die ihre Macht dazu mißbrauchen könnte, die jedem Menschen von Natur aus eigenen, unveräußerlichen Rechte zu verletzen. Eine gewisse Stärke zwar sollte die Regierung haben, damit sie gewährleisten konnte, daß sich alle Bürger im Rahmen ihrer Rechte hielten, die durch die gleichen Rechte der Mitbürger begrenzt wurden⁸⁾. Auf der anderen Seite aber mußte sie so organisiert sein, daß sich die einzelnen Teile der Regierung gegenseitig unter Kontrolle hielten, oder, um das Problem in den klassisch gewordenen Worten auszudrücken:

"You must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself." 9)

In der Praxis unterschied man jedoch nicht wie Locke vier oder wie Montesquieu zwei Gewalten. sondern drei, nämlich die legislative, exekutive und judikative. Diese "Dreiteilung"¹⁰⁾ der

7) Montesquieu wollte seine Lehre nach dem Beispiel des englischen Verfassungsrechts aufstellen. das er jedoch mißverstanden hatte

8) "Ne homo homini lupus", vgl. Scupin. Menschenrechte, S. 189

9) vgl. Föderalist, Nr. 51, S. 296; dort auch: "Wenn die Menschen Engel wären, so bedürften sie keiner Regierung. Wenn Engel über die Menschen herrschten, dann wäre weder eine innere noch eine äußere Kontrolle der Regierung notwendig."

10) der weithin geläufige Ausdruck "Dreiteilung" ist unrichtig, da nicht mehrere Gewalten geteilt werden, sondern die einheitliche Staatsgewalt im Hinblick auf ihre Ausübung gegliedert wird; richtig muß es "Gewaltentrennung" heißen, vgl. Wolff, § 16 I b, S. 57; dem entspricht auch der englische Ausdruck "separation of powers"

Gewalten gilt seitdem als das Strukturprinzip der Verfassungen konstitutioneller Staaten, wenngleich diese sogenannten drei Gewalten nicht die gesamte Staatsgewalt umfassen¹¹⁾.

Es war das Bestreben der amerikanischen Verfassungsgeber, diese Gewalten nach dem Vorbild von Locke und Montesquieu jeweils einem der drei gleich zu wertenden Organe des Staates allein zuzuweisen, so daß eine Kongruenz von materiellen und funktionellen Gewalten herbeigeführt wurde¹²⁾.

In der konkreten Verfassungsnorm¹³⁾ führte dies zu folgender Formulierung:

"The legislative, executive and judiciary department shall be separate and distinct so that neither exercise the powers properly belonging to the other",

oder, um es noch unmißverständlicher auszudrücken:

"In the government of this commonwealth the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers or either of them. The executive shall never exercise the legislative and judicial powers or either of them. The judiciary shall never exercise the legislative and executive powers or either of them."

Diese Gedankengänge waren um das Ende des 18. Jahrhunderts derart Allgemeingut, daß sie die Väter der amerikanischen Unionsverfassung erst gar nicht mehr ausdrücklich in das Dokument aufnahmen. Sie gaben ihrem Willen dadurch hinreichenden Ausdruck, daß sie die drei ersten der 7 Verfassungsartikel jeweils einer Gewalt widmeten.

Die hieraus sich ergebende Verfassungsstruktur der amerikanischen Unionsverfassung im einzelnen ist so häufig wiedergegeben und ausreichend geläufig, daß an dieser Stelle einige Andeutungen genügen.

Die gesetzgebende Gewalt liegt beim Kongreß, bestehend aus dem Repräsentantenhaus und dem Senat¹⁴⁾. Die ausführende Gewalt

11) so sind nicht erfaßt die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und die eigenständige Gewalt der Regierung, worauf Wolff, Verwaltungsrecht, § 16 II a, S. 57 zutreffend hinweist

12) organisatorische Gewaltentrennung, vgl. Wolff, § 16 II b 1, S. 57 f und § 16 II c, S. 58

13) Verfassung von Virginia bzw. Massachusetts, zitiert bei Stirnberg, Verwaltungsbehörden, S. 39

14) in der Legislative besteht also Gewalt-Teilung i.S. von Wolff, § 16 III c, S. 59

ist dem Präsidenten überantwortet. Das oberste Bundesgericht, der Supreme Court, und die unteren Bundesgerichte bilden die Jurisdiktive.

Diese Gewalten sind einander gleichgeordnet. Keine übt nach dem Wortlaut der Verfassung Funktionen der anderen aus. So ist insbesondere nicht vorgesehen, daß die Exekutive gesetzgebende oder rechtsprechende Tätigkeit ausübt. Dadurch soll ein Gleichgewicht zwischen den Gewalten (balance of powers) erreicht werden, das als der beste Schutz gegen Übergriffe der Regierungsgewalten angesehen wurde.

Um diese gegenseitige Unabhängigkeit, dieses Gleichgewicht und die möglichst weitgehende Deckung von materiellen und funktionellen Gewalten zu gewährleisten, fügten die Amerikaner in ihr Verfassungssystem eine Reihe von einzelnen Bestimmungen ein, die direkt oder mittelbar diesem Zweck zu dienen bestimmt waren und gerade aus ihm heraus ihren Sinn erhalten. Eine kurze Andeutung darüber, wie man sich die praktische Durchführung vorstellte, möge hier genügen:

Kongreß (Legislative) und Präsident (Exekutive) werden unabhängig voneinander vom Volke gewählt¹⁵⁾. Sie haben überschneidende Amtsperioden¹⁶⁾. Der Präsident ist nicht auf das Vertrauen der Mehrheit des Kongresses angewiesen¹⁷⁾. Als alleiniger Repräsentant der Exekutive besitzt er das Recht, seine Beamten und Mitarbeiter zu bestimmen. Es gibt kein Recht der Exekutive zur Gesetzesinitiative¹⁸⁾, ebenso wenig eine Vorschrift, die dem Art. 43 GG entspricht¹⁹⁾.

15) vor 1913 wurden die Senatoren nur mittelbar vom Volke gewählt.

- Der Präsident wird zwar dem Verfassungsbuchstaben nach von Wahlmännern gewählt, im Ergebnis aber direkt vom Volke entsprechend der Mehrheit der gewählten Wahlmänner, im einzelnen vgl. Loewenstein, Verfassungsrecht, S. 266 - 288

16) der Präsident wird auf 4 Jahre gewählt, der Senator heute auf 6 und der Repräsentant auf 2 Jahre

17) Es kommt daher vor, daß der Präsident mit einer Minderheit seiner Partei in einem oder gar in beiden Häusern rechnen muß. Dies war z.B. unter dem Republikaner Eisenhower seit 1955 im Repräsentantenhaus und Senat der Fall. Im 86. Kongreß (1959-60) hatten die Demokraten in beiden Häusern fast doppelt so viel Stimmen wie die Republikaner, vgl. Statistik bei Loewenstein, Verfassungsrecht, S. 620

18) obwohl Gesetze mit Hilfe der im Kongreß vertretenen Parteigänger des Präsidenten eingebracht werden können

19) Anwesenheitspflicht bzw. Recht auf Gehör der Exekutive vor der Legislative

Dieses System der Unabhängigkeit ergänzten die Gründer der Verfassung durch ein entgegengesetzt wirkendes System der Hemmungen²⁰⁾, um zu verhindern, daß eine Gewalt ihre Unabhängigkeit zum Schaden des ganzen oder eines einzelnen Bürgers mißbraucht oder in ihrer Unabhängigkeit zu stark wird und damit die anderen Gewalten überspielt. Man denke z.B. an das Mitwirkungsrecht des Senats bei völkerrechtlichen Verträgen und bei Beamtenernennungen sowie an das Vetorecht des Präsidenten. Hierunter fällt auch die Befugnis des Supreme Court, Gesetze des Kongresses für verfassungswidrig zu erklären²¹⁾.

Für die vorliegende Abhandlung ist diese stichwortartige Schilderung der amerikanischen Unionsverfassung im Hinblick auf die spätere verfassungsrechtliche Entwicklung insofern von besonderer Bedeutung, als in ihr nach dem gesamten Aufbau als auch nach den einzelnen Bestimmungen die Gewaltentrennung strikt durchgeführt zu sein scheint. Insbesondere ist die Übertragung einer Gewalt von einer Organgruppe auf eine der anderen beiden Gruppen nirgends vorgesehen, ja, man könnte wohl sagen, sie ist sowohl nach dem Geist der Verfassung als auch nach ihrem Buchstaben nicht zulässig.

So glaubte man, durch diese Trennung der Gewalten zusammen mit dem System der checks and balances eine ausreichend starke Regierungsgewalt geschaffen zu haben, die gleichwohl einen sicheren Schutz des einzelnen Staatsbürgers vor staatlichen Übergriffen gewährleisten und das Aufkommen jeder Form von Despotismus unmöglich machen würde.

Man neigte darum dazu, das Prinzip zum Selbstzweck zu erheben. "Daß z.B. der Kongreß keine gesetzgebende Gewalt auf den Präsidenten übertragen kann, ist ein Grundsatz, der allgemein als

20) system of checks and balances, ein von Bolingbroke geprägter Ausdruck, vgl. Wolff, Verwaltungsrecht, § 16 I b, S. 57

21) so die bereits seit Marbury v. Madison, 1 Cranch 137 (1803) gefestigte Rechtsprechung; vgl. auch Wolff, § 16 III a, S. 58 f; - Crosskey, Politics and the Constitution, ch. XXVII - XXIX und Joseph L. CALL, Judicial Review vs. Judicial Supremacy, 62 Dickinson L. Rev. 71 - 83 (1957/58) halten diese Befugnis auch heute noch für verfassungswidrig; daß diese Bedenken nicht völlig unbedeutend sind, geht aus dem Umfang hervor, mit dem der Supreme Court zeitweise von diesem Recht Gebrauch gemacht hat. So ging z. Zt. des New Deal das Wort, daß einige Richter ihr tägliches Mittagessen erst dann verdient zu haben glaubten, wenn sie ein Gesetz für ungültig erklärt hätten, vgl. Johnson, Government, S. 484

lebensnotwendig für die Unantastbarkeit und Erhaltung des Regierungssystems angesehen wird²²⁾, denn, so hatte bereits Locke gefordert: "delegata potestas non potest delegari"²³⁾. So kam es, daß es als eine dem amerikanischen Verfassungsrechtssystem innewohnende allgemeine Regel angesehen wurde, daß der Gesetzgeber weder ausführende noch richterliche Gewalt ausüben kann, der Richter keine ausführende ... usw.²⁴⁾.

Dabei hatten natürlich weder Locke noch Montesquieu noch Blackstone oder ein anderer der Großen, auf die man sich zur Stützung dieser Lehre berief²⁵⁾, voraussehen können, welche Anforderungen die moderne Entwicklung an den Staat stellen würde.

B. Die Entwicklung der Lehre

"The only absolute separation that has ever been possible was that in the theoretical writings of a Montesquieu." 1)

Bereits Madison hatte darauf hingewiesen, daß eine vollkommene Trennung der Gewalten bei keiner Regierung vorkomme²⁾. Abgesehen davon bestanden größte Schwierigkeiten, eine genaue Abgrenzung zu definieren. War es z.B. eine gesetzesausführende, also exekutive Tätigkeit, wenn der Beamte des Dampfkesselüberwachungsvereins entschied, daß ein bestimmter Kessel erneuert werden müsse und wenn er zugleich bestimmte, der Eigentümer habe andernfalls das Recht zum Betriebe des Schiffes verloren? War es nicht vielmehr eine richterliche Funktion, da es hier ja um die Entscheidung eines Einzelfalles ging, nämlich darum, wie das betreffende Sicherheitsgesetz auszulegen sei und welche Rechtsfolgen es für den be-

22) Field v. Clark, 143 US 649 (1892); vgl. auch US v. Shreveport Grain & Elevator Co., 287 US 77 (1932)

23) Locke, Government, ch.XI, Nr. 141: die Befugnis zum Erlaß der Gesetze war vom Volk der Legislative übertragen worden und konnte von dieser nicht weitergegeben werden

24) Springer v. Government of the Philippine Islands, 277 US 189 (1928)

25) so z.B. Davis, Adm.L., S. 26, unter Hinweis auf Kilbourn v. Thompson, 103 US 168 (1881). Diese Entscheidung sieht die Lehre von der Gewaltentrennung als bereits durch Aristoteles, Plato, Cicero und Machiavelli angebahnt an; vgl. ferner Wolff, Verwaltungsrecht, § 16 II a, S. 57 sowie Jellinek, Allgemeines Staatsrecht, Kapitel 18, S. 595 ff, insbes. S. 596, 604 f, 613

1) Schwartz, Adm.L., S. 30

2) Madison, in: Föderalist, Nr. 47

treffenden Schiffseigentümer mit sich bringe? - Und wie war die Tätigkeit desjenigen vorgesetzten Beamten zu beurteilen, der über die Beschwerde des Schiffseigentümers entschied?³⁾ Wurde der Präsident zum Gesetzgeber, wenn er von der ihm vom Kongreß übertragenen Befugnis Gebrauch machte, unter bestimmten Umständen ein Zollgesetz in oder außer Kraft zu setzen, - oder war er nur der verlängerte Arm des Kongresses, der entsprechend dem Wortlaut der Verfassung dessen Gesetze "getreulich ausführte"? - Ähnliche Zweifel tauchten bei der Erteilung einer Erlaubnis, der Festsetzung eines Gebührentarifs, der Untersuchung eines Arbeitsunfalles sowie der Festsetzung einer Unfallrente, der Feststellung des Betriebsvermögens eines Unternehmens usw. für den amerikanischen Juristen auf.

Niemand konnte ernstlich bestreiten, daß diese und ähnliche Funktionen vernünftigerweise weder vom Gesetzgeber noch von den Gerichten in genügendem Maße wahrgenommen werden konnten, sondern lediglich von der Exekutive. Hier kam jedoch den amerikanischen Juristen eine Eigenschaft zugute, die der gesamten anglo-amerikanischen Jurisprudenz mitunter einen erfrischenden Zug verleiht, nämlich das gesunde Empfinden für die Notwendigkeit des einzelnen Falles und die Fähigkeit, liebgewordene Theorien zugunsten praktischer, lebensnaher Lösungen aufzugeben. Recht und Gerechtigkeit entstanden nicht aus Diskussionen und Vorstellungen über die Harmonie einer säuberlich geteilten Regierungsgewalt, sondern aus der harten Wirklichkeit des Falles, die dem Richter mitunter das Letzte an Gestaltungskraft abfordern konnte⁴⁾. Wenn man aber am Prinzip der Gewaltenteilung festhalten zu müssen glaubte, so scheute man nicht vor Kunstgriffen zurück, die sich den Anschein einer logischen Deduktion gaben, aber bei genauem Zusehen jeden logisch geschulten Menschen erschrecken konnten. Cushman⁵⁾ hat das an einem Beispiel recht anschaulich so beschrieben:

3) Beispiele bei Davis, Adm.L., S. 29

4) "... not to satisfy an abstract governmental theory, but to cope with problems of recognized public concern", Landis, Adm. Process, S. 5, vgl. auch bereits oben S. 40 f

5) Independent Regulatory Commissions, S. 429

1. Gesetzgebende Gewalt (oder rechtsprechende) kann nach der Verfassung nicht vom Kongreß übertragen werden.
2. Es ist unbedingt erforderlich, daß gewisse Befugnisse auf Verwaltungsbeamte und Behörden übertragen werden.
3. Also sind die übertragenen Befugnisse nicht gesetzgebender (oder richterlicher) Art.

Fühlte man sich nicht gezwungen, die Festsetzung eines Tarifs bzw. die Zuerkennung einer Unfallrente als legislativ bzw. richterlich zu kennzeichnen, so konnte man sich gleichwohl nicht entschließen, diese Tätigkeit rund heraus administrativ zu nennen. Sie erhielt daher zunächst die Definition "quasi-judicial" oder "quasi-legislative". Damit waren die Theoretiker besänftigt und die Praktiker vollauf zufrieden⁶⁾. Allerdings brachte eine solche Praxis den Nachteil mit sich, daß man im Bemühen um die zweckmäßigste und gerechte Entscheidung des Einzelfalles nur mit Mühe ein System entdecken konnte oder wollte, das vom Standpunkt des Gesetzgebers und der Wissenschaft aus zur systematischen Zuordnung zur bisherigen Zuständigkeitsverteilung hätte hinleiten können.

1. Das Verordnungsrecht der Exekutive

Es wird heute offen eingestanden, daß nicht mehr allein die Legislative Recht setzt, sondern auch die Exekutive. Die klassische Lehre von der Teilung der Gewalten wird damit in der Wirklichkeit nicht mehr streng angewandt⁷⁾. Im Grunde ist sie eigentlich nie ohne Ausnahme verwirklicht worden. Denn von Beginn der Union an hatte die Exekutive z.B. gesetzgebende Funktionen ausgeübt, die auch vom Gericht als gültig anerkannt wurden.

Die theoretische Rechtfertigung erfolgte - soweit es um das Verordnungsrecht ging - außer mit Hilfe des Wörtchens "quasi", was in allen Fällen durchaus brauchbar gewesen wäre, auch noch auf

-
- 6) Typisch ist die folgende Formulierung: "While the powers conferred are in a sense of a judicial nature, they are not judicial powers ... and they are commonly called "quasi-judicial" powers", Sprecher, Illinois, Adm.L., S. 266
 - 7) vgl. Mitchell FRANKLIN, The passing of the school of Montesquieu and its system of separation of powers, in: 12 Tulane L.Rev., 1 - 11 (1937), der das typisch amerikanische Mißverständnis der Gewaltentrennung kultiviert

andere Weise. War z.B. der Präsident ermächtigt, unter gewissen Bedingungen Gesetze in oder außer Kraft zu setzen, so war seine Befugnis ja von den durch den Kongreß festgesetzten Bedingungen abhängig, wenn auch, was man geflissentlich übersah, dem Präsidenten noch ein gewisser Spielraum verblieb. Denn auch über den Eintritt von tatsächlichen Bedingungen läßt sich trefflich streiten⁸⁾. - Oder aber man sah den Präsidenten lediglich als untergeordneten Gehilfen des Kongresses an, der in einem vom Kongreß vorgegebenen Rahmen nur noch Einzelheiten im Sinne der durch das Gesetz eingeschlagenen Politik zu ergänzen hatte. Dabei wurden diese Richtlinien der Politik (standards) genau im Gesetz bezeichnet. War aber - so argumentierte man - der Exekutive auf diese Weise die Hand gebunden, dann verdiente diese nur ausfüllende Tätigkeit nicht die hehre Bezeichnung einer gesetzgebenden Funktion und war damit auch keine⁹⁾.

Der beruhigende und maßgebliche Hintergedanke war - das ist im Rahmen dieser Untersuchung das Bedeutsame -, daß unter solchen Kontrollen (standards), Bedingungen und Richtlinien die Legislative doch immer noch die Oberhand behalten würde und ein Machtzuwachs der Exekutive mitsamt den Gefahren eines Mißbrauchs dieser quasi-gesetzgebenden Tätigkeit angeblich ausreichend gesteuert werden konnte.

So steht es jedenfalls auf dem Papier. In jedem Lehrbuch des amerikanischen Verfassungs- oder Verwaltungsrechts kann man aber verfolgen, wie unter dem Druck der zunehmenden Durchorganisation der menschlichen Gemeinschaft eine immer größere Zahl von Gesetzen erlassen werden mußte, die der Kongreß unmöglich in der zuvor beschriebenen Genauigkeit mit diesen Richtlinien, standards usw. erlassen konnte. Wollte der Kongreß nicht in der Flut der notwendig werdenden Gesetze ersticken, so mußte und konnte er im Gesetz vielfach nur noch die großen Richtlinien der Ausführung

-
- 8) z.B. *Brig Aurora*, 7 Cranch 382 (1813): "violation of the neutral commerce of the US" durch englische und französische Gesetzbestimmungen, also Rechtsfragen des englischen und französischen Rechts in der Form von Tatfragen
- 9) "to fill up the details"; vgl. auch *Manhattan General Equipment Co. v. Commissioner*, 297 US 129 (1936): "The power of an adm. officer or board to administer a federal statute and to prescribe rules and regulations to that end is not the power to make law - for no such power can be delegated by Congress ..."

festlegen und der Exekutive in zunehmendem Maße freie Hand lassen. Standards wie "just and reasonable", "public interest", "unreasonable obstruction", "reciprocally unequal and unreasonable", "public convenience, interest, or necessity", "inferior quality", "unfair methods of competition", "reasonable variations", "unduly or unnecessarily complicate the structure", "unfair or inequitably distribute voting power among security holders"¹⁰⁾ lassen einen weiten Spielraum, selbst wenn man berücksichtigt, daß sie im Sinnzusammenhang mit den gesamten Bestimmungen des Gesetzes zu interpretieren sind¹¹⁾.

Aber mitunter gibt es nicht einmal solche Richtlinien. Dann hat die Exekutive nach der für verfassungsmäßig gehaltenen Devise zu handeln: "Hier ist das Problem, sieh zu, daß du damit fertig wirst"¹²⁾.

Man fragt sich, wie denn bei einer solchen Handhabung die balance of power zwischen den Gewalten gewahrt bleiben kann und auf welche Weise die Grundrechte des Bürgers vor Eingriffen der so mächtig gewordenen Exekutive noch wirksam geschützt werden können. Zur Antwort mögen an dieser Stelle zwei Hinweise genügen: Einmal dürfte eine Übertragung des Gesetzgebungsrechts en bloc¹³⁾ und auf gewissen, ausdrücklich und ausschließlich durch die Verfassung dem Gesetzgeber vorbehaltenen Gebieten (z.B. Budget-Verabschiedung, Recht zur Kriegserklärung) offensichtlich verfassungswidrig sein¹⁴⁾. Zum anderen üben die Lehre vom due process und die damit zusammenhängenden Erwägungen eine wichtige Kontrollfunktion aus, auf die im Zusammenhang weiter unten eingegangen werden wird.

10) vgl. Davis, Adm.L., S. 45

11) vgl. z.B. Yakus v. US, 321 US 414 (1944); Lichter v. US, 334 US 742 (1948); der Lever Food and Fuel Control Act vom 10. August 1917, 40 Stat. 276

12) "Here is the problem. Deal with it." So ein Ausspruch von Davis, zitiert bei Schwartz, Adm.L., S. 41

13) bereits Madison hatte im Föderalist Nr. 47 darauf hingewiesen, die Lehre von der Gewaltenteilung verbiete (nur) die Übertragung der gesamten Macht in die Hände einer anderen Gewalt; vgl. auch BVerfGE 3, 225, 247; 7, 183

14) Geck, Übertragung rechtsetzender Gewalt, S. 63

2. Das Recht der Exekutive zum Erlaß von Verwaltungsakten

"In the United States ... a whole host of controversies as to private rights are no longer decided in courts." 15)

Es ist heute ein unbestrittenes Recht der Verwaltungsbehörde, Funktionen auszuüben, die im materiellen Sinne nichts anderes als Rechtsprechung sind. Das beste Beispiel hierfür ist die Tätigkeit der workmen's compensation commissions, welche die Ansprüche zwischen Arbeitgeber, Arbeitnehmer und ggfs. Unfallversicherung im Falle eines Betriebsunfalls entscheiden. Nicht viel anders ist es mit Entscheidungen der ICC, wenn sie solchen Spediteuren einen besonderen Schadensersatz zuspricht, denen die Transportgesellschaft unter Verletzung gesetzlicher Bestimmungen zu hohe Versandkosten in Rechnung gestellt hatte. Aber auch die Tätigkeit von vielen anderen Behörden ist im Grunde genommen in den Augen des amerikanischen Juristen nichts anderes als richterliche Tätigkeit. Denn immer wird aufgrund eines bestimmten, erforschten und zusammengetragenen Sachverhalts eine Entscheidung erlassen, von der die Rechtsstellung einer oder mehrerer Parteien unmittelbar betroffen wird, sei es, daß ein bestimmtes Tun als unlauterer Wettbewerb untersagt oder daß eine Erlaubnis wie z.B. die zur Ausübung eines bestimmten Berufes erteilt wird.

Gleichwohl war in der Öffentlichkeit der Widerstand gegen die Ausübung solcher Funktionen durch die Verwaltung nicht sehr groß, solange diese Tätigkeit in einer Weise vorgenommen wurde, die dem einzelnen ausreichende Gelegenheit zur Wahrung seiner Rechte bot. Nicht die Tätigkeit an sich wurde so häufig zum Stein des Anstoßes, sondern die Art der Ausführung, das Verfahren.

Als Mittel, einer solchen gefürchteten Machtanballung und Gefahr der Willkür in der Hand der quasi-richterlich tätigen Verwaltung wirksam zu begegnen, bot sich wieder der Begriff des due process an, der durch entsprechende Sicherungen im Verwaltungsverfahren und in der gerichtlichen Überprüfung den auftauchenden Problemen ihre Schärfe nahm.

15) Schwartz, Adm., L., S. 76 unter Hinweis auf C.J. Hughes, in: The New York Times, 13 th February, 1931, S. 18, col. 1

3. Die independent regulatory commissions

"They constitute a headless fourth branch of the government, a hazard deposit of irresponsible agencies and uncoordinated powers" 16)

Um wohl kaum eine Erscheinung im amerikanischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht ist eine heißere Diskussion entbrannt als um die independent regulatory commissions (i.r.c.). Schon die Konzeption einer gewöhnlichen Behörde, die Verwaltungsaufgaben wahrnimmt, dabei aber zugleich quasi-legislative und/oder quasi-richterliche Funktionen ausübt, reihte sich nur schwerlich in das Gefüge der Gewaltenteilung ein. Aber nicht nur, daß die i.r.c. gerade diese Funktionen ausübten; hinzu kam vielmehr noch der Umstand, daß man sie nicht unter eine der drei bestehenden Gewalten einordnen konnte.

Die Gründe, welche zur Bildung solcher Kommissionen führten, wurden bereits oben angedeutet¹⁷⁾. Es sei noch folgendes zur Ergänzung hinzugefügt. Im wesentlichen entstanden die i.r.c. aus der Erkenntnis, daß weder Gerichte noch Kongreß in der Lage waren, auf die Dauer die Erscheinungen des komplizierter werdenden staatlichen und wirtschaftlichen Lebens zu bewältigen¹⁸⁾. Sicherlich verdanken nicht alle 44 unabhängigen commissions, die es zur Zeit gibt¹⁹⁾, ihre Entstehung der Tatsache, daß die Gerichte oder die Legislative bei der Bekämpfung der Mißstände z.B. auf dem Gebiete des Transportwesens²⁰⁾, des Arbeitsrechts²¹⁾ oder des Monopol- und Wettbewerbsrechts²²⁾ versagten²³⁾. Eine American Battle Monuments

16) Report of the President's Committee on Adm. Management, abgedruckt z.B. bei Vanderbilt, The Challenge, S. 179, Anm. 65

17) s.o. S. 9 f, 14 f

18) bzgl. einer eingehenderen Behandlung der i.r.c., die über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen würde, vgl. neben einschlägigen Lehrbüchern des amerikanischen Staats- und Verwaltungsrechts insbesondere Marver H. BERNSTEIN, Regulating Business by Independent Commission, Princeton, 1955; Cushman, Independent Regulatory Commissions, sowie in der jüngeren deutschen Literatur die drei Marburger Dissertationen: Florian, Independent Regulatory Commissions; Greza, Independent Regulatory Commissions, sowie WIECHENS, Die Independent Regulatory Commissions in den USA und ihre Bedeutung für die Gewaltenteilungslehre (alle 1953)

19) vgl. US Government Organization Manual 1957/58, S. 342 - 520

20) man denke an das Granger Movement, s.o. S. 9

21) vgl. Greza, Independent Regulatory Commissions, S. 12 - 15

22) vgl. Florian, Independent Regulatory Commissions, S. 19

23) wegen der Entstehungsgründe vgl. auch Gellhorn & Byse, Adm. L., S. 1 - 7; das ungemein anschaulich geschriebene Buch von Landis, Adm. Process, ist voll von illustrierenden Details

Commission z.B. könnte ebenso gut dem Department of Interior oder dem State Department untergeordnet werden. Das galt - mindestens im Zeitpunkt ihrer Entstehung - jedoch nicht in Bezug auf manche andere unabhängige commission²⁴⁾. Der Grund ihrer Errichtung war damals letzten Endes die Überzeugung und bedrückende Erfahrung, daß komplexen Erscheinungen und Machtzusammenballungen im wirtschaftlichen Leben nur durch eine ebensolche Konzentration an Verwaltungsmitteln und -möglichkeiten wirksam begegnet werden kann. Der Vorzug der commissions lag in der steten Beschäftigung mit nur einer ganz speziellen Aufgabe in einem begrenzten Arbeitsgebiet unter besonderer Fachkunde.

Ihre besondere verfassungs- und verwaltungsrechtliche Problematik gegenüber der allgemeinen staatlichen Verwaltung erhielten die i.r.c. durch Verleihung eines gewissen Grades an Unabhängigkeit. Dies sei an Hand der Organisationsform der ICC, die beispielhaft für die späteren i.r.c. war, kurz aufgezeigt²⁵⁾. Die ICC wird zur Zeit von elf Direktoren (commissioners) geleitet. Diese werden vom Präsidenten unter Anhörung und Zustimmung des Senats für die Dauer von 7 Jahren ernannt. Nicht mehr als 6 commissioners dürfen derselben Partei angehören. Sie können vom Präsidenten nur aus wenigen bestimmten Gründen abberufen werden, nämlich wegen Unfähigkeit, Vernachlässigung der Pflicht und Disziplinarverstoßes²⁶⁾. Sie sind daher - einmal ernannt - von der politischen Zielsetzung des Präsidenten und gegebenenfalls seiner Nachfolger unabhängig²⁷⁾.

Die Gründe für die Gewährung einer solchen Unabhängigkeit sind historisch zu verstehen. Es war von der Sache her notwendig, den i.r.c. eine gewisse Machtfülle zu verleihen, wenn sie die ihnen zugewiesenen Aufgaben erfüllen sollten. Der Kongreß war jedoch nicht gewillt, die Kommissionen der Exekutive zu unterstellen. Das hätte das Gleichgewicht der Kräfte zu sehr stören können. Das

24) gedacht ist in diesem Abschnitt im wesentlichen an die wirklich bedeutenden commissions, die das am. Wirtschaftsleben beherrschen, also in der Hauptsache die ICC, FRB, FTC, FPC, SEC, FCC, NLRB und CAB

25) bzgl. der Organisationsformen der anderen i.r.c. im einzelnen vgl. US Government Organization Manual

26) inefficiency, neglect of duty, or malfeasance

27) Humphrey's Executor v. US, 295 US 602 (1935); Wiener v. US, 357 US 349 (1958)

Mißtrauen, das in den Zeiten des spoil-systems²⁸⁾ angesichts eines fehlenden unabhängigen und qualifizierten Beamtenstabes bei der Gründung der ICC durchaus berechtigt gewesen sein mochte²⁹⁾, führte daher dazu, die commissions in der aufgezeigten Weise unabhängig zu machen. Diese Methode wurde bis in die jüngste Vergangenheit beibehalten³⁰⁾, obwohl die Gründe für diese Unabhängigkeit heute wohl nicht mehr als so zwingend empfunden werden dürften.

Der Gedanke einer Hierarchie in der Exekutive mit einer klar abgezeichneten Linie der Verantwortung von der Spitze (dem Präsidenten) über seine Minister bis in die unterste Verwaltungsstelle der Bundesverwaltung, diese Vorstellung von einer Symmetrie nach dem Zeichenbrett³¹⁾, geriet ins Wanken. Die unabhängige Stellung der i.r.c. rief daher eine Diskussion über die Art der Zuordnung dieser Kommissionen zu den sonstigen Exekutivorganen, insbesondere über die Problematik der Funktionsdelegation hervor.

Folgt man der Lehre von der Gewaltentrennung aus amerikanischer Sicht, wie sie z.B. in den zitierten Verfassungsartikeln zum Ausdruck kommt³²⁾ und die auch der Bundesverfassung der Vereinigten Staaten zugrunde liegt, so könnte es nahe liegen, die i.r.c. als vierte Gewalt zu betrachten, die im Verfassungssystem nicht vorgesehen ist. Denn nach der Unionsverfassung soll es drei materielle Gewalten geben, der jeweils nur drei funktionelle, durch getrennte Organgruppen ausgeübte Gewalten entsprechen. Artikel II § 1 der Unionsverfassung überträgt die ausführende Gewalt dem Präsidenten, und, wie man vielfach hinzusetzte, n u r ihm. Er ist die Spitze dieser Gewalt und ihr alleiniger Träger. Es gibt darum keine ausführenden Organe, die ihre Macht nicht von ihm ableiten oder seiner Weisung nicht unterstehen. Nach dem Aufbau der

28) die Bediensteten der Exekutive können jederzeit, insbesondere bei Regierungswechsel, abberufen werden; sie verdanken ihre Stellung vielfach der Regierungspartei

29) mit der Civil Service Commission, gegr. 1883, entstand eine Art Berufsbeamtentum, das den Grundsatz der Eignung einführte; es konnte sich aber nur langsam ausbreiten. Noch heute besteht für den Angehörigen des civil service kein Recht auf Anstellung auf Lebenszeit; er kann jederzeit entlassen werden. Im einzelnen vgl. Loewenstein, Verfassungsrecht, S. 338 - 349

30) z.B. Atomic Energy Commission, gegr. 1946

31) Landis, Adm. Process, S. 28: "blue print symmetry"

32) vgl. o. S. 53

Verfassung ist eine Gewalt-Teilung in der Exekutive, vergleichbar der Gewalt-Teilung innerhalb der Legislative auf Repräsentantenhaus und Senat, nicht vorgesehen. Namhafte Stimmen in Wissenschaft und Rechtsprechung hielten darum diese Art der dezentralisierenden Gewalt-Teilung durch Errichtung der i.r.c. für mit der amerikanischen Verfassung nicht vereinbar³³⁾ und betrachteten die Kommissionen als verfassungswidrige "kopflose vierte Gewalt"³⁴⁾.

Die schließliche Bewältigung der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der i.r.c. und ihre Zuordnung unter eine der drei Gewalten erfolgte nicht von der dogmatischen Seite her, sondern war im wesentlichen von pragmatischen Erwägungen getragen. Es besteht nämlich heute kein Zweifel mehr daran, daß sich die Institution der i.r.c. bewährt hat. Die einstmals ungewöhnlich heftigen Angriffe, die in dem Untersuchungsbericht des President's Committee on Administrative Management gipfelten³⁵⁾, haben schließlich einer nüchternen Betrachtungsweise von den Notwendigkeiten solcher Einrichtungen und ihren unentbehrlichen Funktionen im modernen staatlichen Leben der USA weichen müssen. Das beweist z.B. die Tatsache, daß mit einer unbedeutenden Ausnahme auch nicht eine der i.r.c. jener Verwaltungsreform zum Opfer gefallen ist, die aufgrund des Hoover Commission Report³⁶⁾ eingeleitet wurde³⁷⁾. Der Report kam darin zu dem zutreffenden Ergebnis, "that the i.r.c. have a proper place in the machinery of our Government"³⁸⁾.

Maßgeblich für die Frage der Verfassungsmäßigkeit war daher letztlich der Gesichtspunkt, ob die i.r.c. dadurch eine erhöhte Gefahr für den Schutz der Freiheitsrechte des Bürgers bedeuteten, daß ihnen ein gewisses Maß an Unabhängigkeit verliehen war.

In der Praxis haben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür ergeben, daß die i.r.c. ihre Aufgaben mit größerer Willkür und Korruption oder mangelhafterem Verantwortungsbewußtsein ausübten als die

33) vgl. z.B. die Übersicht bei Davis, Adm.L., § 7, S. 26 - 31; ferner Report of the President's Committee: "They do violence to the basic theory of the American Constitution", zitiert bei Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 54

34) vgl. Vorspruch S. 62

35) vgl. Anm. 34

36) vgl. bereits Anm. 15 auf S. 33

37) Schwartz, Constitutional L., S. 123

38) zitiert bei Davis, Reflections, S. 184

sonstigen Behörden. Im Gegenteil sagt man ihren Beamten z.T. ein besonderes Maß von Berufsethos nach, das sich aus der hochspezialisierten Tätigkeit ergibt und zusammen mit der unabhängigen Stellung zu ausgleichender, nüchterner, sachlicher und unparteiischer Arbeitsweise anhält³⁹⁾. Nimmt man hinzu, daß sie sich im Laufe der Zeit zu einem "nützlichen Typus einer Behörde für die Regelung bestimmter Aufgaben"⁴⁰⁾ entwickelt haben, so versteht man, daß auch der Supreme Court hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit keine Bedenken geäußert hat. Nachdem die amerikanische Rechtswissenschaft bereits den Ausweg gefunden hatte, den Erlaß von Verordnungen und Verwaltungsakten durch die i.r.c. als quasi-legislative und -executive zu deklarieren und deshalb als mit dem Prinzip der Gewaltenteilung vereinbar anzusehen, so bildete auch ihre Eigenschaft der Unabhängigkeit innerhalb des Regierungssystems, weil sie die Freiheitsrechte des Bürgers nicht bedrohte, keine Veranlassung, eine als nützlich, ja als lebensnotwendig erwiesene Erscheinung des modernen Staatslebens als verfassungswidrig aufzufassen. Die i.r.c. sind zwar vom Supreme Court nicht ausdrücklich als mit der Verfassung vereinbar erklärt worden⁴¹⁾, wohl aber indirekt dadurch, daß er zahlreiche Gelegenheiten, sie für verfassungswidrig zu erklären, stillschweigend übergangen hat⁴²⁾. Sie gehören damit unabhängig vom geschriebenen Verfassungstext kraft einer Art von Verfassungs-Gewohnheitsrecht zur Verfassungswirklichkeit.

Die pragmatische Auffassung von der Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit der i.r.c. hatte sich auch hier gegenüber systematischen und dogmatischen Erwägungen durchgesetzt.

39) vgl. Landis, Adm. Process, S. 98 ff

40) Hoover Commission Report, zitiert bei Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 55

41) wohl aber z.B. vom Minnesota Supreme Court in: State of Minn.v.Chicago, M. & St. P. R. Co., 38 Minn 281 (1888)

42) Corwin, Constitution, S. 77

C. Procedural due process

"The dominant factor in the development of the procedural aspect of American administrative law has been the provision of federal and state constitutions that no person may be deprived of life, liberty or property without 'due process of law'." 1)

Nur wenige Bestimmungen aus der amerikanischen Verfassung haben einen solchen weitgehenden und umfassenden Einfluß auf die Verfassungswirklichkeit ausgeübt wie die beiden Verfassungszusätze (amendments) mit den due-process-Klauseln²⁾. Ihre Wirkung erstreckte sich auf das Zusammenspiel der drei Gewalten der Regierung mit- und manchmal auch gegeneinander, bestimmte die Stellung des einzelnen Bürgers zum Staat in allen drei Gewalten und führte auch zu einer steten Ausrichtung in den Beziehungen zwischen der Union und den Einzelstaaten.

In der vorliegenden Abhandlung interessieren vor allem die Wirkungen, welche die due-process-Klauseln auf das Verhältnis Staat-Bürger innerhalb des Verwaltungsverfahrensrechts ausgeübt haben. - Weil dieses Verhältnis zugleich auch durch die Lehre von der Gewaltentrennung berührt wird, ergibt sich eine gewisse Wechselbeziehung. Aus ihr haben sich im Verlaufe der Entwicklung Gesichtspunkte ergeben, die den Beziehungen zwischen Staat und Bürger eine ganz bestimmte Prägung verleihen, und zwar gerade auch auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts.

Zum besseren Verständnis dieser Zusammenhänge erscheint ein kurzer Überblick über die Herkunft und geschichtliche Entwicklung der due-process-Klauseln angebracht:

Im V. amendment der amerikanischen Verfassung heißt es:

"No person shall ... be deprived of life, liberty, or property, without due process of law ..."

und ähnlich im XIV. amendment:

"No state shall ... deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law ..."

Eine genaue Übersetzung der Worte "due process" ins deutsche ist nicht möglich. Die Übertragungen von Freund mit "gehöriges Rechtsverfahren"³⁾ und von Hertling mit "außer im ordentlichen Gerichts-

1) Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 715

2) 5th and 14th amendment

3) Öffentliches Recht, S. 48

verfahren und nach Recht und Gesetz"⁴⁾ geben die ungefähre Interpretationsrichtung an. Ähnlich lauten die Vorschläge von Deppeler und Rheinstein, die zur Erfassung des Sinngehaltes die Formulierung "gebührendes" oder "angemessenes" bzw. "zureichendes"^{5) 6)} Rechtsverfahren vorschlagen.

Die Frage, was unter "gehörig", "gebührend" oder "angemessen" zu verstehen ist, ist allerdings mit diesen deutschen Worten ebenso wenig fest umrissen wie mit der englischen Bezeichnung. Der wahre Sinngehalt wird erst durch die geschichtliche Entwicklung bis zur Aufnahme in die Verfassungsurkunde und durch die spätere Interpretation durch die Gerichte erfaßt werden können.

Die Ursprünge dieser Entwicklung gehen bis in das frühe Mittelalter zurück. Es galt der Grundsatz, daß niemand verurteilt bzw. seines Eigentums beraubt werden dürfe, es sei denn durch ein Gerichtsverfahren vor Richtern gleichen Standes⁷⁾ und nach dem Gesetz des Landes ("law of the land")^{8a)}. Dabei wurde in der späteren Entwicklung im angelsächsischen Recht der Ausdruck "by law of the land" in gleichem Sinne wie "due process of law" benutzt und gelangte in der einen oder anderen Form in die verschiedenen Verfassungen der Unionsstaaten^{8b)}.

Unter dem Einfluß von Coke, besonders gemäß der amerikanischen Auslegung seines Werkes, erhielt diese Formel die Bedeutung eines Inbegriffs aller solcher hergebrachter Verfahrensregeln, die nach common law als angemessen (appropriate) oder unerläßlich (required)⁹⁾ anzusehen sind. Die Verfassungen setzten also den Begriff "due process" und "law of the land" bereits als gegeben voraus. Eine gewisse konkrete Vorstellung über ein gehöriges Rechtsverfahren zur Zeit der Entstehung der Verfassungen bestand daher bereits

4) in Curtis, Löwen unter dem Thron, S. 260

5) Deppeler, Due Process of Law, S. 2

6) Rheinstein, Kollisionsrecht, S. 547

7) so unter Karl dem Kahlen (856) und Konrad II (1037), vgl. die Nachweise bei Deppeler, Due Process of Law, I. Teil; ferner Mangoldt, Rechtsstaatsgedanke, S. 12 - 19; Parker, Adm.L., S. 31

8a) Magna Carta Libertatum von 1215, zitiert nach Twining v. NJ, 211 US 78 (1908)

8b) vgl. Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 715 f; ferner Den ex dem. Murray v. Hoboken Land & Improvement Co., 18 How.272 (1855)

9) vgl. Crosskey, Politics and the Constitution, S. 1104

nach common law. Die Sicherung dieser Verfahrensregeln für die Zukunft sollte durch eine entsprechende Klausel in der Bundesverfassung erreicht werden.

Einen geschlossenen Katalog alles dessen, was man damals unter due process verstand, gab es allerdings nicht. Bestimmte Dinge verstanden sich aber von selber, so z.B. die große und kleine jury als anklagende bzw. als verurteilende Institution im Strafprozeß¹⁰⁾, die insgesamt als Ausdruck eines lautereren (fairen) Strafverfahrens gewertet werden können¹¹⁾. "Auf jeden Fall aber entspricht ein solches Verfahren dem due process of law, welches dem Wesen des Falles passend und angemessen (suitable und proper) und durch wohlgegründete (established) Gewohnheiten und Gebräuche des Gerichtes sanktioniert ist"¹²⁾.

Aus diesen Wendungen ist zugleich der relative Charakter der Formel erkenntlich. Denn "dem Wesen des Falles passend und angemessen" bedeutet mit anderen Worten, daß in verschiedenen Verfahren unter verschiedenen Umständen auch verschiedene Anforderungen an den Verlauf des Prozesses zu stellen sind. So ergänzt z.B. in Strafverfahren die due-process-Klausel die Garantien der bill of rights dahin, daß der Angeklagte bei allen wichtigen Vorgängen des Strafverfahrens persönlich anwesend sein muß; dagegen kann ein Strafverfahren wegen Mißachtung der Autorität des Gerichts (contempt of court) auch in Abwesenheit des Angeklagten geführt werden, sofern ihm die Eröffnung des Verfahrens und der Verhandlungstermin bekannt gemacht und ihm Gelegenheit zur Äußerung gegeben worden ist¹³⁾.

Was am Beispiel des Strafverfahrens - an das die Gründer der Verfassung in erster Linie gedacht hatten - erläutert worden ist, gilt in entsprechender Weise auch für das Verfahren im Zivilprozeß

10) Corwin, Constitution, S. XXIV, 846 f; Crosskey, Politics and the Constitution, S. 1103 - 1107

11) das heißt aber nicht, daß eine jede einzelne der Verfahrensgarantien in der bill of rights notwendiger Weise als Ausdruck des due process Gedankens anzusehen ist, vgl. z.B. V.amendment, Privileg der Aussageverweigerung im Falle von Selbstbezeichnung, das nicht unter due process fällt; Twining v. NJ, 211 US 78 (1908); vgl. auch Überblick in Emerson & Haber, Political and Civil Rights, S. 754

12) Ex parte Wall, 107 US 265 (1883)

13) Hopt v. Utah, 110 US 574 (1884); Blackmer v. US 284 US 421 (1932); vgl. Corwin, Constitution, S. 847

und, was für unsere Betrachtungen von besonderem Interesse ist, auch für das Verwaltungsverfahren, sei es bei Behörden oder Gerichten. Diese Seite der due-process-Klausel hat erst mit der Zunahme der Verwaltungstätigkeit an Bedeutung gewonnen; sie hat jedoch im Verlaufe der Entwicklung das Verhältnis zwischen der staatlichen Exekutive (Verwaltung) und dem einzelnen wesentlich mitgestaltet. Die allgemeine Überzeugung davon, daß es ein "dem Fall angemessenes, gegenüber den betroffenen Parteien gerechtes (just) und dem Ziel des Verfahrens angepaßtes"¹⁴⁾ Verfahren geben muß, bedeutet allerdings nicht, daß nun jede im Verwaltungsrecht bestehende Verfahrensregel ein Ergebnis der due-process-Klausel ist. Umgekehrt haben aber die Diskussionen über das faire Verhältnis von Mensch zu Mensch und von Mensch zu Verwaltung¹⁵⁾ doch nicht unbeträchtlich dazu beigetragen, z.T. über die Mindestanforderungen eines due process hinaus, wie die Gerichte sie in unzähligen Einzelentscheidungen herauszuarbeiten versuchten, ein allgemein als billig und gerecht empfundenes Verfahrensrecht zu entwickeln und gegebenenfalls in Form von entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen (z.B. APA) zu verankern.

So verstanden besitzt die due-process-Klausel den Charakter eines besonderen Rechtsgrundsatzes im Sinne von Wolff¹⁶⁾ auf dem Hintergrund des "fundamentalen Prinzips von Freiheit und Gerechtigkeit, das gerade einer Auffassung von einem freien Staatswesen eigen ist und zu den unveräußerlichen Rechten seiner Bürger zählt"^{17a)}.

Eine abschließende oder umfassende Definition des Begriffs due process gibt es nicht. Es wird ausdrücklich von den Gerichten abgelehnt, sich auf eine genaue Begriffsbestimmung festzulegen^{17b)}. Der amerikanische Jurist zieht die Methode des case law vor, die durch vorsichtiges Abwägen von Fall zu Fall, durch "exclusion and inclusion"¹⁸⁾ eine Richtung angibt, der entlang die ungefähre

14) Hagar v. Reclamation Dis., 111 US 701; vgl. 42 Am. Jur. "Public Adm. L." § 116

15) Justice Frankfurter in Joint-Anti-Fascist Committee v. McGrath, 341 US 123 (1951)

16) Wolff, Rechtsgrundsätze, S. 40 ff; Wolff, Verwaltungsrecht, § 25 I a 2, S. 96

17a) Twining v. NJ, 211 US 78 (1908); ähnlich in Holden v. Hardy, 169 US 366 (1898): "... certain immutable principles of justice which inhere in the very idea of free government ..."; vgl. ferner Stuart v. Palmer, 74 NY 183 (1878): "... first principles of natural justice ... older than written constitution"

17b) Twining v. NJ, 211 US 78 (1908)

18) vgl. z.B. Justice Miller in Davidson v. New Orleans, 96 US 97 (1877); Holden v. Hardy, 169 US 366 (1898)

Grenze verläuft, die aber immer wieder Möglichkeiten freiläßt, das Zünglein an der Waage dahin ausschlagen zu lassen, wo es nach Ansicht des Gerichts zu dem im Einzelfall gerechten Ergebnis führt.

Das bringt eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich, was Jaffe zu der kritischen Bemerkung veranlaßte:

"One suspects that one cannot ever quite exorcise the vaguely hovering, convenient spirit of due process" 19).

Hierin ist in etwas sarkastisch anmutendem Tone zugleich Nachteil, Vorzug und Gefahr dieser so allgemein gehaltenen Klausel ausgedrückt, die in den Händen eines geschickten und verständigen Gerichts zu einem Segen bringenden Instrument für die Freiheit des Bürgers werden kann.

In welcher Weise dieses Ziel im einzelnen verwirklicht oder vereitelt worden ist, wird im folgenden Abschnitt näher behandelt werden.

D. Die Bedeutung des due process innerhalb des Verwaltungsverfahrens

"The history of liberty has largely been the history of observance of procedural safeguards." 1)

1. due process bei Verordnungen

Ein Vergleich zwischen den "Statutes at Large", in welchem die Bundesgesetze veröffentlicht werden, mit dem "Federal Register", das die Verordnungen der Exekutive enthält, zeigt, daß die Tätigkeit der Exekutive auf dem Gebiete der Gesetzgebung an Umfang die der Legislative bei weitem übertrifft. Mag auch die Tätigkeit der Legislative größere Bedeutung haben, die schwer durch eine vielfache Menge von Verordnungen aufgewogen werden kann, so kann man sich doch nicht der Einsicht verschließen, daß auch die zunehmende Flut der Verordnungen einen nicht zu unterschätzenden Einfluß auf das Leben des einzelnen und der Gemeinschaften im Staate ausübt. Denn gerade in den Verordnungen wurde die vielfach nur grob vorgezeichnete Form der beabsichtigten Politik im Detail ausgearbeitet und für den einzelnen direkt spürbar konkretisiert. Diese bis auf die unterste Ebene hinabreichenden Einzelheiten sind viel-

19) Right to Judicial Review, S. 807

1) Justice Frankfurter in *McNabb v. US*, 318 US 332 (1943)

fach der Anlaß gewesen, ein in seiner Grundkonzeption durchaus richtiges Gesetzgebungswerk anzugreifen, die Verordnung erlassende Behörde zu diffamieren, mit ihr zugleich das Institut der Delegation und eventuell die gesamte Regierungsform in Bausch und Bogen zu verdammen oder doch in Mißkredit zu bringen. Auf diese Weise wurde nur zu leicht eine vergiftete Atmosphäre geschaffen, die ein ersprießliches Regieren und Regiertwerden erschwerete, wenn nicht gar unmöglich machte.

Durch die Übertragung von Gesetzgebungsbefugnissen ist somit der Exekutive eine schwere Verantwortung auferlegt worden. Diese ist umso größer, als ihr, wie bereits aufgezeigt wurde²⁾, mangels ins einzelne gehender standards vor allem in der neueren Entwicklung immer mehr freie Hand gelassen wird, auf welche Weise sie die durch das Gesetz bestimmte Politik in der einen oder anderen Form verwirklichen will. Es erscheint daher als Fiktion, davon zu sprechen, daß die Exekutive in den USA keine gesetzgebende Gewalt ausübe und nur als verlängerter Arm der Legislative eine Art minderwertige Rechtsnorm setze.

Diese Situation wird heute in der amerikanischen Rechtswissenschaft und Praxis klar erkannt. Ihren Gefahren so gut wie möglich zu begegnen, ist das Bemühen aller drei Gewalten. Die Legislative steuert, wenn sie schon keine detaillierten standards geben kann, das beim Erlaß einer Verordnung einzuhaltende Verfahren durch Aufnahme bestimmter gesetzlicher Vorschriften in das ermächtigende Gesetz. So schreibt sie z.B. das Anhören von Interessengruppen und die Berücksichtigung gewisser Untersuchungsberichte und -ergebnisse bindend vor. - Die Verwaltung selbst bemüht sich zuweilen aus eigenem Antrieb, durch Hinzuziehen bekannter Fachkräfte zu ihrem bereits vorhandenen eigenen Stab an Experten sowie durch selbständige, mitunter groß angelegte Untersuchungen eine möglichst sachgerechte Lösung zu finden, um damit dem Vorwurf der Willkür, des Ermessensmißbrauchs oder des Nachgebens gegenüber dem Drängen mächtiger Interessengruppen zu begegnen. Die Rechtsprechung schließlich hatte als letztes Mittel immer noch die Möglichkeit zur Hand, Verordnungen aus bestimmten Gründen für ungültig zu erklären.

2) s.o. S. 59 f

Waren diese vereinten Bemühungen auch nicht immer von Erfolg gekrönt, so trugen sie doch in der Mehrzahl der Fälle dazu bei, der Tätigkeit der Exekutive beim Erlass von Verordnungen die verletzende Spitze zu nehmen. Auf diese Weise wurde sowohl der Vorteil bewahrt, den der Erlass einer Verordnung durch eine mit spezialisierter Kenntnis ausgestattete Behörde statt durch den weniger sachverständigen und schwerfälligen Kongreß mit sich bringt, als auch der Schutz des betroffenen Staatsbürgers in nach amerikanischer Auffassung angemessener Weise gewährleistet.

Es bleibt zu fragen, auf welche Weise im einzelnen die Lösung dieses immer wiederkehrenden Problems versucht wird.

a. Das Verfahren beim Erlass von Verordnungen

aa. Das formlose Verfahren

Das Verfahren beim Erlass von Verordnungen durch Bundesbehörden ist seit 1946 durch den APA in gewissem Umfang gesetzlich festgelegt³⁾. Diese Bestimmung läßt jedoch Ausnahmen dann zu, wenn die Behörde guten Grund zu der Annahme hat, das vorgeschriebene Verfahren sei unpraktisch oder unnötig oder verstoße gegen das öffentliche Interesse. Falls in einem solchen Fall auch das ermächtigende Gesetz selbst kein bestimmtes einzuhaltendes Verfahren vorschreibt, ist die Behörde in den Vorbereitungen zum Erlass der betreffenden Verordnung, in den "ante-natal proceedings"⁴⁾, insoweit durch keine Regeln gebunden.

Es ist jedoch immer wieder die Frage erwogen worden, ob unabhängig davon aus anderen Gesichtspunkten von der Behörde ein bestimmtes Vorgehen verlangt werden kann, und zwar im wesentlichen unter dem Blickwinkel des due process.

Wie aus den Darlegungen über das Wesen der due-process-Klauseln bereits zu erkennen war, stellen sich diese Vorschriften in ihrer allgemein gehaltenen Fassung als die Garantie eines ordentlichen, fairen, angemessenen Verfahrens bei allen Vorgängen dar, die sich insbesondere im Verhältnis zwischen Bürger und Staat zugetragen. Es lag daher nahe, diese Erwägungen auf die Tätigkeit der

³⁾ sec. 4 APA

⁴⁾ Carr, Delegated Legislation, S. 34

Behörden auch beim Erlaß von Verordnungen anzuwenden, zumal hier die Beziehungen Staat - Bürger bei der rechtsetzenden Tätigkeit der Verwaltungsbehörden durch deren Interessen beeinträchtigt werden können. In der Tat findet man daher auch Sätze wie die folgenden:

"... in fixing minimum wage rates for women and minors ... the regulatory board ... was subject to the requirements of the due process clause ..." 5)

oder

"Procedural due process undoubtedly requires that a hearing be accorded at some stage of an administrative proceeding." 6)

Man findet aber auch Urteile, die mangels gesetzlicher Bestimmungen ein besonderes Verfahren beim Erlaß von Verordnungen, insbesondere Bekanntgabe (notice) und rechtliches Gehör (hearing), nicht als durch die due-process-Klausel vorgeschrieben ansehen. So ist z.B. das Milchkontrollamt (milk control board) bei der Festsetzung des Milchpreises nicht gehalten bekanntzugeben, daß es Untersuchungen für die Festsetzung eines solchen Preises eingeleitet oder durchgeführt hat; auch braucht es den betroffenen Erzeugern, Verarbeitern und Milchhändlern (und am Ende noch den Verbrauchern!) keine Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem beabsichtigten Mindestpreis zu geben. "The due process clause ... imposes no such requirement." 7)

Als Begründung wird gewöhnlich angeführt, die Festsetzung eines Preises sei eine gesetzgeberische Tätigkeit. Der Gesetzgeber, so argumentiert man, habe den Preis selbst festsetzen können, und es stehe außer Zweifel, daß er dies ohne notice und hearing habe tun können. Wenn er nun, so heißt es dann weiter, diese Tätigkeit auf die Behörde delegiere, so sei auch die Behörde in Ausübung dieser rein gesetzgebenden Funktion an die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens nicht gebunden 8).

5) Western Union Telegraph Co. v. Industrial Commission of Minn., 24 F.Supp.370 (1938); vgl. Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 726

6) Yakus v. US, 321 US 414 (1944); vgl. Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 753; ähnlich Philadelphia Co. v. SEC, 175 F2d 808 (1948)

7) State ex rel. State Board of Milk Control v. Newark Milk Co., 179 A 116 (1935)

8) idem; ferner z.B. Spokane Hotel Co. v. Younger, 113 Wash 359 (1920); Bi-Metallic Investment Co. v. Col., 239 US 441 (1915); People ex rel. Bracker v. Orvis, 133 NE 787 (1922); Willapoint Oysters v. Ewing, 174 F2d 676 (1944); - ferner Schwartz, Adm.L., S. 106

Ähnlich ist es mit der Meinung, daß due process die Fixierung der Tatsachen erfordere, die zum Erlaß einer Verordnung geführt haben (basic findings of fact). So hielt z.B. der Supreme Court in *Panama Refining Co. v. Ryan* u.a. eine schriftliche Niederlegung der Tatsachen für unerlässlich⁹⁾, obwohl Justice Cardozo in seiner dissenting opinion überzeugende Präzedenzen zitierte, die solches nicht für erforderlich gehalten hatten.

Überwiegend dürfte heute die Meinung vertreten werden, daß due process solche findings für den Erlaß einer Verordnung ebenso wenig vorschreibt wie notice und hearing¹⁰⁾.

Die Verwirrung beruht im Grunde weniger auf einer fehlenden Grundkonzeption über den wahren Gehalt der due-process-Klausel als auf dem Mangel, grundlegende Unterschiede beim Gesetzgebungsverfahren in der Legislative und bei der Verwaltung angemessen zu berücksichtigen, - und darüber hinaus auf der Tatsache, daß der Unterschied zwischen legislative und judicial function der Exekutive nicht genügend geklärt ist.

Zu dem ersten Punkt ist zu bemerken, daß es zunächst als ein bestechend logisches Argument erscheint, wenn man die rechtsetzende Tätigkeit von Kongreß und Verwaltungsbehörde gleich setzt und darum gleiche Konsequenzen daraus zieht. Gleichwohl vermag es nicht zu überzeugen. Denn es bestehen gewichtige Unterschiede, die durch eine solche Argumentation nur zu leicht verwischt werden. Es ist zwar richtig, daß die Behörde in Ausübung ihrer delegierten Ermächtigung materiell Recht setzt, also allgemein verbindliche Normen mit der gleichen Wirkung wie die Gesetze des Kongresses. Nicht berücksichtigt ist aber, daß in formeller Hinsicht, nämlich bezüglich des Verfahrens, grundlegende Unterschiede bestehen. Denn die Vorgänge bei der Verabschiedung eines Kongreßgesetzes sind wesentlich andere als die beim Erlaß einer Verordnung.

Der Kongreß besteht aus gewählten Vertretern des Volkes, die Behörde dagegen in der großen Mehrzahl der Fälle aus ernannten Beamten. Der einzelne hat also gegenüber den Repräsentanten oder Senatoren ein gewisses Maß von Einflußvermögen, das in Amerika mitunter einen recht beträchtlichen Grad erlangen kann. Gegenüber

9) 293 US 388 (1935); ähnlich auch *US v. Baltimore & Ohio R.R.*, 293 US 454 (1935); a.A. *Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 296 US 176 (1935)

10) *Davis*, *Adm.L.*, S.533 f; ferner: *Appeals of Port Murray Dairy Co.*, 71 A2d 208 (1950): "In the absence of a statutory requirement, an administrative agency generally need not grant a hearing or make findings to support the regulations that it adopts" unter Zitat von *Pacific States Box & Basket Co.*, vgl. Anm. 9

dem Beamten hat er dies nicht, zumindest nicht auf demokratische Weise. Sodann werden die Gesetze vom Kongreß in aller Öffentlichkeit in den Ausschüssen vorbereitet, diskutiert und schließlich von beiden Häusern nach Debatte verabschiedet. Diese Publizität und die dadurch ermöglichte öffentliche Diskussion (Petitionsrecht!) ist keine Eigenschaft, die dem Erlaß von Verordnungen notwendigerweise anhaftet, denn diese können in aller Stille hinter dem grünen Tisch der Verwaltungsstelle unbeeinflußt durch ein besonderes Verfahren entworfen werden.

Schließlich dürfte es auch einen sehr beträchtlichen Unterschied machen, ob die pressure groups ihren Einfluß durch Einwirkung auf die zahlreichen Mitglieder des Kongresses ausüben und dabei in gewissem Ausmaß ihre Karten offen auf den Tisch zu legen verpflichtet sind¹¹⁾, oder ob sie die wenigen Beamten der entsprechenden Behörden in gänzlich unkontrollierter Weise unter Druck setzen. Jedenfalls bedeutet das Verfahren im Kongreß mit Gesetzeseinbringung, Ausschüßberatungen, Untersuchungsausschüssen, Debatten und Abstimmungen ein der Demokratie angemesseneres und auch dem Schutz der Bürger letztlich zuträglicheres Verfahren als die nicht öffentlichen Vorgänge innerhalb der Verwaltung.

Es wäre daher an sich nur konsequent gewesen, das Verfahren beim Erlaß von Verordnungen innerhalb der Verwaltungsbehörde mit Hilfe der due-process-Klausel einer gewissen Regelung zu unterwerfen, die einen angemessenen Ausgleich für das schafft, was der Kongreß bei der Verabschiedung eines Gesetzes dem Verwaltungsverfahren an Vorteilen voraus hat. - Zu einem solchen Standpunkt hat sich die Rechtsprechung jedoch nicht entschließen können, wenigstens nicht vom Grundsätzlichen her gesehen. Die due-process-Klausel hat also in dieser Hinsicht keinen Einfluß ausgeübt.

Die andere, bereits angedeutete Schwierigkeit liegt im Mangel einer ausreichenden Unterscheidung zwischen legislative und judicial function der Exekutive im amerikanischen Recht. Eine eindeutige Differenzierung könnte zum entscheidenden Kriterium für die Anwendung von due-process-Erfordernissen gemacht werden, falls man die Klausel auf die recht-setzende Tätigkeit nicht anwenden will. Doch dann bleibt die Frage offen, ob man diese legislative function hinreichend genau definieren kann.

11) vgl. z.B. Loewenstein, Verfassungsrecht, S. 217 ff

Einige Bemerkungen bezüglich der Terminologie im deutschen und amerikanischen Recht mögen dies näher erläutern.

Sofern bisher in dieser Untersuchung ohne weiteren Zusatz der Ausdruck Verordnung benutzt wurde, so geschah dies ausschließlich in dem Sinne einer Gemeinverordnung nach deutschem Recht¹²⁾. Dies wird auch nachfolgend beibehalten werden. Gemeinhin benutzt der amerikanische Jurist für eine solche Verordnung die Bezeichnung rule, regulation oder ordinance. Wird eine solche Verordnung allerdings vom Präsidenten erlassen, so heißt sie manchmal auch proclamation oder executive order. Es kommt aber ebenso vor, daß einige Behörden ihre Verordnungen announcement of policy oder sogar order nennen, obwohl man gerade mit dem Ausdruck order für gewöhnlich das bezeichnet, was im deutschen Recht mit Verfügung¹³⁾ oder Verwaltungsakt¹⁴⁾ bezeichnet wird. Um schließlich die Verwirrung voll zu machen, nennt z.B. das Treasury Department seine Verordnungen decisions¹⁵⁾, ein Wort, das in den meisten Fällen für einen Bescheid reserviert ist.

Im Sinne einer Verordnung liegt vielfach die gebräuchliche Definition einer rule which "applies to a designated class of (unnamed and unspecified) persons or situations" im Gegensatz zur order, die sich an bestimmte Personen richtet, "if they are named, or if they are in effect identified (... though not named ...) by their relation to a piece of property or transaction or institution which is specified"¹⁶⁾. Im großen gesehen stimmen daher die Begriffe Verordnung, rule, regulation, legislative action of the administration (executive) auf der einen Seite und Verwaltungsakt bzw. Verfügung, decision, order, judicial action, adjudication auf der anderen Seite überein. Gleichwohl gibt es auch "rules of particular applicability", z.B. die Festsetzung eines Tarifs für eine bestimmte Eisenbahngesellschaft bzgl. bestimmter Güter, oder

12) also "hoheitlich einseitig erlassene, abstrakte und meist generelle Anordnungen staatlicher Regierungs- oder Verwaltungsorgane zur Regelung allgemeiner Gewaltverhältnisse mit materiellem Gesetzescharakter", so Wolff, Verwaltungsrecht, § 25 VII a 1, S. 101. Gängige Bezeichnung ist Rechtsverordnung, vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, § 7 Ziff. 2, S. 119

13) § 40 Abs. I PVG

14) § 25 Abs. I Satz 1 MRVO Nr. 165

15) vgl. Geck, Übertragung rechtsetzender Gewalt, S. 56

16) Fuchs, Procedure in Adm. Rule-Making, S. 264 f

die Bewertung eines Betriebsvermögens. Dies sind Tätigkeiten, die nach amerikanischer Anschauung von jeher als legislative function betrachtet werden. Die Begriffsbestimmungen des APA haben an dieser Situation nichts geändert, da sie nur die bereits bestehenden Auffassungen in Gesetzesform verankerten.

Wie ein Überblick über die Rechtsprechung zeigt, wird ein und dieselbe Tätigkeit einer Behörde einmal als legislative und ein anderes Mal als adjudicative angesehen¹⁷⁾, so daß man resignierend auch die Definition des APA¹⁸⁾ als ein Spiel mit leeren Worten anzusehen geneigt ist. In klarer Erkenntnis dieser Lage schlägt daher Davis den gordischen Knoten durch, indem er anregt, jedwede Klassifikation von legislative function, rule making usw. einfach aufzugeben und die Lösung des jeweils anstehenden Problems (Notwendigkeit von notice, hearing, findings usw.) nicht von der Beschreibung als order oder rule abhängig zu machen, sondern auf die Brauchbarkeit des Ergebnisses zu sehen und von daher - falls dann überhaupt noch notwendig - eine Einstufung vorzunehmen¹⁹⁾.

In dieser Art sind auch die amerikanischen Gerichte vorgegangen und haben damit die Lösung der Frage gegeben, in welchen Fällen die Behörde bei der Ausübung der ihr delegierten Gesetzgebungsbefugnisse die Grundsätze des due process zu berücksichtigen hat und wann nicht.

Mag z.B. die Festsetzung von Tarifen für die Zukunft für bestimmte Fälle als legislative act anzusehen sein, so scheuten die Gerichte doch nicht davor zurück, diese Tätigkeit als so geartet zu bewerten, daß sie ein quasi-judicial procedure erforderte, im wesentlichen also notice und hearing²⁰⁾. Die Gründe für ein solches Verhalten werden klar, wenn man die Tatsachen des Einzelfalles betrachtet.

17) vgl. Davis, Adm.L., ch. 5, insbes. S. 184 - 193, sowie S. 227 f

18) sec. 2 (c)

19) Davis, Adm.L., S. 185, 193; dies erinnert an die Entscheidungen des BVerwG bzgl. der Bebauungs- und Fluchtlinienpläne: "Der Begriff des Verwaltungsaktes ist eine Zweckschöpfung ... Für (seinen) Begriff ... ist das Rechtsschutzinteresse des Bürgers wesentlich", BVerwG in JZ 1956, 664, 665; vgl. auch BVerwG in NJW 1956, 1849, 1851; Forsthoff, Verwaltungsrecht, § 11, Ziff. 1, S. 184

20) vgl. Davis, Adm.L., S. 184, Anm. 1

Im Falle Philadelphia Co. v. SEC²¹⁾ z.B. hatte die SEC eine bestimmte Ausnahmenvorschrift in der von ihr erlassenen Verordnung aufgehoben in der klaren Erkenntnis, daß die Aufhebung lediglich auf eine ganz bestimmte Gesellschaft zutraf. Dies geschah wohl in der Absicht, das Geschäftsgebaren eben dieser einen Gesellschaft auf diese Weise zu erfassen. Obwohl der äußeren Form nach die Aufhebung einer Vorschrift ein Akt der Rechtsetzung ist, bezeichnete das Gericht das Verfahren als adjudicatory (judicial) proceeding, und zwar mit dem durchaus beabsichtigten Erfolg, daß der einzig betroffenen Gesellschaft das Recht auf Gehör gewährt werden mußte.

Auf diese Weise wurde ein Ergebnis erzielt, das im konkreten Fall durchaus als angemessen zu bezeichnen ist. Wenn daher die Gerichte aus praktischen Überlegungen heraus nicht bereit sind, notice und hearing oder die Einhaltung sonstiger Verfahrensregeln bei dem Erlass von Verordnungen zu verlangen, obwohl gegenüber dem Verfahren vor dem Kongreß gewichtige Unterschiede bestehen, so tun sie dies im Hinblick auf die praktische Undurchführbarkeit solcher Popularteilnahmen. Ein solches Verfahren wäre nicht mehr due, appropriate, also angemessen: "There must be a limit to individual argument if government is to go on"²²⁾. Gleichzeitig stehen aber die Türen offen, wenn die Verhältnisse ergeben sollten, daß ein nominell legislativer Akt in praxi nur ein bestimmtes Objekt oder wenige Personen als besondere Gruppe²³⁾ erfaßt und diese des Schutzes bedürfen.

Zusammengefaßt ist also festzustellen, daß auf das formlose Verfahren die due-process-Klausel in der Regel keine Anwendung findet. Ausnahmen bestehen für den Fall, daß aufgrund der legislative function eine ganz bestimmte Person oder Personengruppe in besonderer Weise betroffen wird.

So wird es dann verständlich, daß zahlreiche Verordnungen in den Amtsstuben der Behörden entstehen, ohne daß nach außen die sachlichen Vorbereitungen eines rechtsetzenden Aktes überhaupt in Erscheinung treten. Das gilt sowohl für Verordnungen mit weniger

21) 175 F2d 808 (1948), dismissed as moot 337 US 901

22) Bi-Metallic Investment Co. v. Col., 239 US 441 (1915)

23) Londoner v. Denver, 210 US 373 (1908): Anwohner einer bestimmten Straße, die lt. Beschluß des Stadtrates zum Anliegerbeitrag herangezogen werden sollten

bedeutendem Inhalt²⁴⁾ als auch zuweilen für solche, in denen ein recht fühlbarer Eingriff in die Rechtssphäre der betroffenen Staatsbürger erfolgt²⁵⁾. Im großen und ganzen besteht aber heute aufgrund der um diese Probleme entstandenen Diskussionen die Tendenz, vor dem Erlaß einer Verordnung die möglicher Weise betroffenen und interessierten Kreise zu konsultieren, ihren Standpunkt festzustellen und ihre Meinung einzuholen sowie sie um Unterlagen tatsächlicher Art zur sachgerechten Beurteilung anzugehen.

Dieses Vorgehen hat sich in Amerika weitgehend eingespielt. Im Grunde wird es von zwei Erwägungen getragen: Einmal vermag es die Arbeit der Behörde zu erleichtern, wenn sie von den betroffenen Parteien durch Tatsachenmaterial und Stellungnahmen zusätzliche Informationen erhält, auf denen sie ihre Verordnungen aufbauen kann. Zum anderen spielt die Vorstellung mit, daß es nur recht und billig ist, den betroffenen Kreisen möglichst eine Chance zu geben mitzusprechen, wenn es um Dinge geht, die gerade sie angehen. Die besonders dem Angelsachsen gewohnte Vorstellung vom fair play²⁶⁾ läßt ihn auch dann noch die Interessen des anderen berücksichtigen, wenn es der Verfassungssatz vom angemessenen Verfahren (due process) nicht bindend vorschreibt.

In der Praxis äußert sich das vielfach durch eine Flut von ausgesandten Fragebogen, von Konferenzen, Untersuchungsverfahren, Bildung von Koordinationsausschüssen und Abfassung von umfangreichen Berichten. Schätzungen zufolge sollen allein innerhalb der Bundesregierung an die 400 zwischenbehördliche Ausschüsse bestehen, die zum Überwiegenden Teil lediglich aufgrund Verwaltungsanordnung zu eben diesem Zwecke ins Leben gerufen wurden²⁷⁾. Die ICC hielt, um ein anderes Beispiel zu nennen, vor dem Erlaß einer Verordnung 89 formlose Konferenzen ab, an der 1740 Personen teilnahmen, die 1286 Transportunternehmer vertraten. Bei anderer Gelegenheit ordnete sie einen Beamten ab, der in 15 Einzelstaaten Unterredungen und Beratungen mit den verschiedensten Interessenverbänden und Behörden führte, unter denen sich sowohl die Vertreter des Transportgewerbes als auch solche der Versicherungsgesellschaften und

24) z.B. Bestimmungen über die Verwaltung der Nationalparks

25) z.B. eilige Notmaßnahmen oder Steuerverordnungen

26) "men's inherent sense of fair play", Schwartz, Adm.L., S.103

27) Griffith, Amerika, S. 105 f

-agenten, der Autoindustrie und der staatlichen Transportüberwachungsbehörden befanden²⁸⁾. Schwartz²⁹⁾ gibt ein Ähnliches Beispiel aus der Tätigkeit des Civil Aeronautics Board (CAB), das den Entwurf einer Verordnung den betroffenen Industrien und Fluggesellschaften zuleitete, was in diesem Fall angesichts des beschränkten spezialisierten Interessentenkreises technisch keine Schwierigkeiten bereitete. Gegenvorschläge und sonstige Hinweise wurden dann ggfs. auf einer vom CAB einberufenen Sitzung beraten.

Diese Beispiele mögen genügen, um zu zeigen, daß diesem Wesenszug des amerikanischen Verwaltungsrechts das besondere Interesse der Juristen gewidmet ist. Dabei ist vor allem die Tatsache beachtenswert, daß diese Entwicklung nicht einem Zwang entsprungen ist, der durch den Gesetzgeber durch Erlass entsprechender Verfahrensvorschriften auferlegt worden ist. Letztlich liegt dem die demokratische Auffassung zugrunde, daß auf die Dauer nur ein sog. "government with the consent of the governed" ein ersprießliches Gemeinschaftsleben gewährleisten kann. Dieser Konsens, der bei den förmlichen Gesetzen durch das System der Repräsentation des einzelnen in seinem Abgeordneten Gestalt angenommen hat, findet im Verwaltungsverfahren die ihm gemäße Form einer Mitbeteiligung möglichst aller derjenigen, die es angeht.

Man muß sich allerdings davor hüten, dies in einem zu rosigen, idealisierendem Lichte zu sehen. Denn diese Entwicklung trifft nicht auf jede Verordnung zu. Auch ist es unmöglich, alle Interessierten zur Mitsprache heranzuziehen, selbst wenn man es möchte. So ist schon allein aus rein technischen Gründen die Beteiligung eines großen Interessentenkreises - z.B. der Gruppe der Verbraucher bei einer Preisverordnung - ein kaum zu lösendes Problem. Auch soll die Gefahr eines einseitigen Einflusses nicht verkannt werden, den starke Interessenverbände auf diese Weise auf die Verwaltung ausüben können.

Gleichwohl hat aber die Erfahrung gezeigt, daß die Vorteile die Nachteile bei weitem überwiegen. Diese Erkenntnis hat dazu geführt, daß zahlreiche Gesetze, die zum Erlass von Verordnungen ermächtigen, bereits gewisse einzuhaltende Verfahrensregeln enthalten und daß schließlich auch für die Bundesbehörden eine gene-

28) Davis, Adm.L., S. 232 unter Hinweis auf den Final Report of the Attorney General's Committee on Adm.Procedure

29) Adm.L., S. 57

reile Regelung³⁰⁾, in den APA aufgenommen wurde. Damit ist für viele Fälle bereits heute das förmliche Verfahren beim Erlass einer Verordnung zur Regel geworden.

Mag dies auch nicht als ein direktes Ergebnis der Verfassungsverdeutung der Due-process-Klausel angesehen werden, so ist doch die Entwicklung - insgesamt gesehen - ein sprechendes Zeugnis von der Auffassung des Amerikaners über ein lautes Verfahren, also über einen Due process allgemein, einer Auffassung, die in den genannten Verfassungszusätzen nur einen begrenzten Ausdruck gefunden hat.

bb. Das förmliche Verfahren

Von den zugelassenen Ausnahmen abgesehen, schreibt der APA ein Mindestmaß an Verfahrenserfordernissen bei Erlass einer Verordnung vor. Der bescheidigte Erlass einer Verordnung muß mindestens 30 Tage vor den Inkrafttreten (von Ausnahmefällen abgesehen) im Federal Register bekannt gegeben werden. Dabei ist im einzelnen näher zu beschreiben, wann, wo und in welcher Art die Verordnung zustande kommen wird, welche Behörde sie zu erlassen genehmigt und welchen Inhalt - zumindest andeutend - sie haben soll. Den Personen, die ein rechtliches Interesse in Hinblick auf die bevorstehende Regelung darlegen können, also diejenigen, die von ihr direkt³¹⁾ betroffen werden würden, ist Gelegenheit zu geben, Tatsachen, Argumente und Gründe schriftlich vorzutragen. Die Behörde ist verpflichtet, das rechtlich und tatsächliche erhebliche Material zu prüfen. Allgemeine Grundlage und Zweck der Verordnung müssen in der Verordnung selbst niedergelegt werden. Schließlich muß sie im Federal Register veröffentlicht werden³²⁾. Unbeschadet dieser Mindestvorschriften bleibt es der Behörde überlassen, ob sie neben schriftlichen Vortrag auch mündlichen zulassen will, ferner, ob sie außerdem ein hearing halten und wie sie dies im einzelnen ausgestalten will.

Darüber hinaus gibt es aber zahlreiche ermächtigende Gesetze, die bereits innerseits die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens

30) trotz zulässiger Ausnahmen

31) "direct" und "interest" geben allerdings Raum zu weiterer oder engerer Auslegung

32) sec. 3 (a) APA

vorschreiben, so z.B., daß ein public hearing abzuhalten ist, daß gewisse Personen herangezogen werden müssen oder daß ein Komitee mit Vorschlagsrecht aus bestimmten Personenkreisen zu bilden ist.

Am bekanntesten in dieser Hinsicht ist Roosevelts Versuch einer Verfahrenskodifikation im NIRA geworden. Hier wurden Komitees aus Vertretern der Industrie, der Arbeiterschaft und der Regierung gebildet, die codes of fair competition ausarbeiteten, die dann vom Präsidenten als Verordnung erlassen wurden³³⁾. - Ein anderes Beispiel ist der Fair Labor Standards Act of 1938. Danach wurden ebenfalls Komitees gebildet, deren Aufgabe die Ausarbeitung von Mindestlohnverordnungen war. Das Komitee war zu gleichen Teilen mit Vertretern der Arbeitgeber, Arbeitnehmer und der Regierung besetzt. Ein Entwurf mußte mit 2/3 Mehrheit gebilligt werden. Er wurde dann dem administrator der Wage and Hour Division zugeleitet, der ihn lediglich in seiner Gesamtheit billigen oder ablehnen konnte. Die 70 verschiedenen Komitees, aufgeteilt nach den jeweils zu regelnden Industrie- und Wirtschaftsbereichen, legten insgesamt 113 Entwürfe vor, von denen nur 6 vom administrator abgelehnt wurden³⁴⁾.

Aber auch wenn solche Komitees nicht gesetzlich vorgeschrieben sind, um eine interessengerechte Lösung im Wege des Verhandelns zwischen den entgegengesetzten Parteien in gewisser Weise zu ermöglichen, so bestehen für die Verwaltungsbehörde doch vielfach gesetzliche Bestimmungen, die im Endeffekt auf die Verwirklichung eines fairen Verfahrens beim Erlass einer Verordnung hinauslaufen. Im wesentlichen geschieht dies mit Hilfe des formalen, ggfs. adversary hearing und unter Ausnutzung der Befugnis, Untersuchungen in weitestem Umfange durchzuführen.

Zur Frage der Untersuchungsbefugnisse ist davon auszugehen, daß ohne gründliche Kenntnis des zu erfassenden Sachbereichs eine vorgesehene Regelung mit Hilfe einer Verordnung³⁵⁾ unmöglich ist. Tatsachen und nochmals Tatsachen bilden die unerläßliche Grundlage jeder gesetzgebenden Tätigkeit.

33) bis sie dann schließlich für verfassungswidrig erklärt wurden, vgl. S. 27 f

34) im einzelnen vgl. Davis, Adm.L., S. 234

35) und ähnliches gilt auch für den Erlass von Verwaltungsakten sowie sonstigen Verwaltungsmaßnahmen

Über den Umfang solcher Untersuchungen geben z.B. folgende Zahlen deutliche Auskunft: Die Untersuchungen und Vorgänge im Zusammenhang mit der Festsetzung eines Preises für Kohle unter dem Bituminous Coal Act ergaben nach zweijähriger Tätigkeit einen Aktenumfang von 50.000 Seiten. Einzelne Lohnfestsetzungen bei bestimmten Wirtschaftsgruppen hatten Untersuchungen bis zu 10.000 Seiten als Grundlage³⁶⁾. Die ICC erreichte bei ihren Untersuchungen über die Preisstruktur im Transportgewerbe einen Umfang von 155.000 Seiten mit mehr als 11.000 Anlagen³⁷⁾.

Während dem Kongreß zu diesem Zweck die Untersuchungsausschüsse und der umfangreiche Apparat des Legislative Reference Service zur Verfügung stehen, ist die Verwaltung auf ihre eigenen Kenntnisse angewiesen und, wo diese nicht ausreichen, auf die Überlassung von Informationen von privater Seite sowie auf eigene Untersuchungen (investigations).

Das letzte Mittel ist zweifellos das verlässlichste. Es kann aber zugleich eine Gefährdung privater Interessen, die von einer solchen Untersuchung betroffen werden, bedeuten, nämlich dann, wenn den Behörden ein Auskunftsrecht eingeräumt ist, das sie notfalls mit staatlichen Zwangsmitteln durchsetzen können. Solche Untersuchungsbefugnisse sind eine Gefahr für das Recht auf ein ungestörtes Privatleben, die Freiheit von "unreasonable search and seizures"³⁸⁾, für das Recht auf Aussageverweigerung im Falle der Selbstbezeichnung einer strafbaren Handlung³⁹⁾, kurz, die Freiheit von bürokratischen Schnüffeleien⁴⁰⁾. An dieser Stelle prallen zwei Interessenrichtungen aufeinander. Einmal die soeben angeführten Rechte des einzelnen auf Freiheit von staatlicher Einmischung in seine Angelegenheiten, und zum anderen die durchaus berechtigten Belange des Staates, im Interesse einer für das staatliche Leben als notwendig empfundenen Regelung Zugänge zu den

36) Geck, Übertragung rechtsetzender Gewalt, S. 83

37) Davis, Adm.L., S. 94 f

38) IV amendment mit dem Problem der sog. "fishing expeditions", d.h. den Untersuchungen aufs geradewohl in der Hoffnung, daß das zu einer Untersuchung berechtigende - meist eine strafbare Handlung enthüllende - Tatsachenmaterial durch eben diese Untersuchung erst zu Tage gefördert wird

39) V amendment

40) "bureaucratic snooping", wie es Davis, The adm. power of investigation, S. 1111, nennt; dort auch eine äußerst lebendige Stellungnahme zum Problem und dessen Entwicklung überhaupt

erforderlichen Tatsachen zu erhalten. Anders ausgedrückt handelt es sich um die Frage: Soll es dem einzelnen, der Firma oder einer bestimmten Gruppe erlaubt sein, gewisse Tatsachen für sich zu behalten mit der Folge, daß dieser einzelne, diese Firma usw. möglicherweise vor einer ihr nachteiligen Regelung bewahrt bleiben, die Wirtschaft als ganzes aber, die Verbraucher oder andere Personen, Firmen oder Gruppen zum Nachteil eines geordneten staatlichen Lebens Schaden leiden?

Im Zeitalter des laissez faire und des ausgeprägten Individualismus wäre die Lösung eindeutig zugunsten derjenigen ausgefallen, die jede Untersuchungsbefugnis ablehnen möchten⁴¹⁾. Nachdem sich jedoch in Amerika die Erkenntnis auch in der Praxis durchgesetzt hatte, daß der Staat im Interesse seiner Bürger eine positive, lenkende und auch fürsorgende Aufgabe zu erfüllen hat, wurde die Antwort auf diese Frage mehr und mehr zweifelhaft, bis schließlich in zunehmendem Maße ein umfassendes Untersuchungsrecht der Verwaltung in den jeweiligen ermächtigenden Gesetzen verankert⁴²⁾ und von den Gerichten als gültig anerkannt wurde.

So legte der Supreme Court z.B. das Verbot der unreasonable search and seizures dahin aus, daß Durchsuchungen nicht schlecht-hin verboten seien, sondern nur, wenn sie unvernünftig (eben unreasonable) seien. Bei einer Abwägung von öffentlichem Interesse gegen private Sicherheit ergab sich dann, daß die Vorlagepflicht von Geschäftsbüchern und sonstigen Unterlagen bereits schon dann nicht mehr unvernünftig ist, wenn sie für einen vom Kongreß ge-

41) z.B. Kilbourn v. Thompson, 103 US 168 (1881): neither House of Congress "possesses the general power of making inquiry into the private affairs of the citizen"; Justice Field, in: In re Pacific Railway Commission, 32 F 241, (1887): "intrusion into, and compulsory exposure of, one's private affairs and papers ... is contrary to the principles of a free government, and is abhorrent to the instincts of Englishmen and American"; FTC v. American Tobacco Co., 264 US 298 (1924): "It is contrary to the first principles of justice to allow a search through all the respondent's records ... in the hope that something will turn up"

42) typisch ist z.B. folgende Ermächtigung an ein milk control board: "... to investigate all matters pertaining to the production, transportation, manufacture, storage, distribution and sale of milk within the State. This power is supported by the authority to conduct hearings, compel submission of books, records, and accounts, subpoena and examine producers, distributors, and others under oath ... to enter at all reasonable hours, all places where milk is produced, handled, distributed and sold, and to examine all books and records." vgl. State Milk and Dairy Legislation, S. 60

setzlich erlaubten Zweck unerlässlich ist⁴³⁾. - Das Privileg der Aussageverweigerung schließlich wurde dadurch beiseite geräumt, daß man entweder für den Fall der Selbstbezeichnung Straffreiheit im voraus gewährte oder aber dahin erkannte, daß das V.amendment sich nicht auf Geschäftsfirmen und deren leitende Direktoren⁴⁴⁾ sowie nicht auf Geschäftsunterlagen bezöge, die zu führen durch Gesetz eigens vorgeschrieben sind⁴⁵⁾.

In ihrem Bemühen um eine möglichst sachgerechte Verwaltung unter Berücksichtigung aller erheblichen Tatsachen sind daher der Exekutive in ihrer Untersuchungsbefugnis heute die Hände praktisch kaum noch gebunden, so daß sie Zugang zu allen bedeutsamen Tatsachen erhalten kann. Das Interesse der betroffenen Kreise ist insofern geschützt, als die zu Untersuchungen ermächtigenden Gesetze die Veröffentlichung von bestimmten, geheim zu haltenden Materialien verbieten und unter Strafe stellen. Gleichwohl können sich im Einzelfall für einen Bürger Härten ergeben, gegen die er nicht geschützt wird. So darf z.B. jemand, dem nach dem Gesetz eines Einzelstaates Straffreiheit in Bezug auf ein Staatsgesetz im Falle einer Selbstbezeichnung gewährt worden ist, die Aussage vor Behörden dieses Staates nicht mit der Begründung verweigern, daß er sich möglicherweise damit einer Verfolgung vor Bundesbehörden wegen gleichzeitiger - nicht straffreier - Verletzung von Bundesrecht aussetze⁴⁶⁾. Die Untersuchungsbefugnisse der Behörden sind jedoch ein wesentliches Mittel, um der Verwaltung beim Erlass ihrer Verordnungen die notwendige Grundlage zu verschaffen. Denn nur dann ist eine Verordnung in einem angemessenen Verfahren (due process) ergangen, wenn sie nicht vom grünen Tisch aus, sondern unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände abgefaßt wurde.

Für die Stärke des Eingriffs spielt es eine erhebliche Rolle, ob Zwang angewendet werden darf und erforderlich ist. In einem

43) Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling, 327 US 186 (1946): "It is not necessary ... that a specific charge or complaint of violation of law be pending ... It is enough that the investigation be for a law-fully authorized purpose, within the power of Congress to command ..."

44) vgl. Davis, Adm.L., Nachweis auf S. 108. Anm. 91

45) Shapiro v. US, 335 US 1 (1948)

46) Knapp v. Schweitzer, 357 US 371 (1958), besprochen bei Fellman, Constitutional L., in 1957-1958, S. 168 sowie bei Bischoff, Constitutional L., S. 89

großen Teil der Fälle bedient sich die Verwaltung des formellen hearing, das mitunter die Formen eines regelrechten gerichtlichen Streitverfahrens (adversary hearing) annimmt. Hier kommt die Vorliebe - fast möchte man sagen: die Manie - des Angelsachsen für ein solches hearing zutage. Es werden Zeugen geladen und dem beliebten Kreuzverhör unterworfen, es bilden sich Parteien für und gegen eine bestimmte Regelung, die jede Gelegenheit zu einem Plädoyer wahrnehmen und eine Atmosphäre wie bei einem Rechtsstreit vor den Gerichten schaffen. Die Verwaltungsbehörde muß das ganze Verfahren protokollieren und zu den Akten (file, record) nehmen. Das Ergebnis der "Verhandlung" ist in tatsächlicher Hinsicht zusammenzufassen; die Verordnung darf nur aufgrund von in diesem Verfahren zutage geförderten substantial evidence erlassen werden.

Daß dabei mitunter weit über das Ziel geschossen wird, zeigt z.B. die Bestimmung des Federal Food, Drug and Cosmetic Act von 1938, in welchem durch Zeugenaussagen und womöglich Kreuzverhör nicht etwa bestimmte Tatsachen herausgefunden, sondern über die Frage Klarheit geschaffen werden soll, ob z.B. Pfirsiche am zweckmäßigsten (!) ein Mindestgewicht von $\frac{4}{5}$ ounces oder $\frac{3}{5}$ ounces haben oder ob Tomatenrückstände unter der Bezeichnung "Trimnings", "Tomato By-Product" oder "Residual Tomato Material" in den Handel gebracht werden sollen⁴⁷⁾.

Insgesamt gesehen zeigen aber die zahlreichen gesetzlichen Vorschriften, seien es nun die des APA allgemein oder die besonderen Bestimmungen in den ermächtigenden Gesetzen, daß mit ihrer Hilfe das Ziel in durchaus angemessener Weise angestrebt wird. Das Ziel heißt Sicherheit des Staatsbürgers gegenüber der gesetzgebenden Tätigkeit der Exekutive durch Einbau von gewissen prozessualen Sicherungen in den Verfahrensablauf bei Erlass von Verordnungen. Die vorstehend aufgezeigten Mittel wie Unterrichtung der Öffentlichkeit, Konsultation der betroffenen Kreise, Gewährung rechtlichen Gehörs bei der Vorbereitung der Verordnung, Beibringung von notwendigem Tatsachenmaterial durch (ggfs. zwangsweise) Untersuchungen von Amts wegen, durch freiwillig gewährte Informationen, Vernehmung von Zeugen in mehr oder weniger formellen Verfahren, Aufnahme eines Aktenstückes, abschließende Stellungnahme der Be-

⁴⁷⁾ vgl. die Kritik von Davis, Adm.L., § 68, S. 240 ff und Schwartz, Adm.L., S. 65 ff

hörde durch Fixierung von Tatbestand (findings) aufgrund des gesamten Beweismaterials (substantial evidence) und Niederlegung von Sinn und Zweck der Verordnung (basis and purpose) und schließlich die Pflicht zur Veröffentlichung, alle diese Mittel sind geeignet, diesem Ziele zu dienen. Sie haben auch, wie die Erfahrung gezeigt hat, zur Verwirklichung dieses Zieles einen nicht zu unterschätzenden Beitrag geleistet.

b. Die Angreifbarkeit einer Verordnung

Eine Gewähr für die Einhaltung dieser Vorschriften bietet die in gewissem Rahmen bestehende Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung von Verordnungen.

Die Betrachtungen in diesem Abschnitt sollen dabei auf zwei Fragen beschränkt bleiben, nämlich einmal, ob überhaupt die Möglichkeit besteht, eine Verordnung anzugreifen, ohne daß sie durch ein gezieltes Handeln einer Behörde im Hinblick gerade auf den Angreifer (Kläger) etwa durch einen Bescheid oder sonstigen Verwaltungsakt konkretisiert worden ist, - sowie darauf, wie weit eine Verordnung auf ihren Inhalt hin überprüft werden kann.

aa. Abstrakte Rechtssatzkontrolle

Im amerikanischen Recht gibt es keine ausdrückliche allgemeine Bestimmung, die die Möglichkeit zu einem abstrakten Rechtssatzkontrollverfahren⁴⁸⁾ etwa im Sinne von § 25 VVG oder § 47 VwGO vorsieht. Wohl aber gibt es die Möglichkeit, Klage auf Erlaß eines declaratory judgement, also eine Feststellungsklage⁴⁹⁾, zu erheben, mit deren Hilfe zwar nicht notwendigerweise die Ungültigkeit des betreffenden Rechtssatzes als solchen festgestellt werden kann, wohl aber u.a. auch die Anwendbarkeit einer bestimmten Norm unter bestimmten Umständen auf einen feststehenden Sachverhalt⁵⁰⁾.

48) vgl. Wolff, Verwaltungsrecht, § 19 I b 5, S. 69; vielfach auch weniger präzise als Normenkontrollverfahren bezeichnet

49) vergleichbar § 256 ZPO; § 24 VVG; § 52 VO Nr. 165; § 43 VwGO

50) z.B. der Federal Declaratory Judgments Act von 1934 (revised 1948), Ähnlich der APA, sec. 10 (b)

Die Schwierigkeiten in der praktischen Durchführung eines solchen Verfahrens liegen darin, daß gewöhnlich eine Klage nur beim Vorliegen einer "actual controversy", also eines wirklichen Streitfalles, oder im Falle von "actual or threatened interference with the rights of persons complaining"⁵¹⁾ zulässig ist.

Beispiele aus der Rechtsprechung, in denen eine Verordnung angegriffen wurde, sollen dies deutlich werden lassen. - Die Federal Communications Commission (FCC), der u.a. die Aufsicht über die (in Amerika privat betriebenen) Rundfunkstationen obliegt, erließ "by order" eine "regulation"⁵²⁾, aus welcher geschlossen werden mußte, daß der klagenden Rundfunkgesellschaft CSB in Zukunft die Erneuerung ihrer Lizenz verweigert werden würde, wenn sie weiterhin eine bestimmte Art von Verträgen mit angeschlossenen Rundfunkgesellschaften abschließen würde, deren Zahl sich auf 115 Sender belief.

Die Klägerin erhob Klage mit dem Antrag, die Anwendung dieser regulation durch die FCC auf ihre Gesellschaft zu untersagen. Sie erhob diese Klage, obwohl bis zur Erneuerung ihrer Lizenz noch eine geraume Zeitspanne lag. Sie hatte aber schon jetzt Schwierigkeiten mit den angeschlossenen Rundfunkgesellschaften bekommen, die sich weigerten, ihre Verträge mit dem CBS angesichts der durch die regulation entstandenen neuen Situation zu verlängern, wie es vordem üblich gewesen war. Sie wollten nicht das Risiko eingehen, daß bei der Entscheidung über die Lizenzerneuerung diese abgelehnt würde.

Ohne Zweifel lag nach Auffassung aller Beteiligten kein Verwaltungsakt der Behörde vor, der hätte angefochten werden können. Die Verweigerung der Lizenzerneuerung, die erst in späterer, wenn auch nicht allzu ferner Zeit bevorstand, hätte ohne weiteres mit der Begründung angefochten werden können, daß die regulation nichtig sei und daß somit auch die Verweigerung dieser Lizenzerneuerung ungesetzlich wäre, die sich auf die ungültige regulation stütze.

51) Helco Products Co., Inc. v. McNutt. 137 F2d 681 (1943)

52) Columbia Broadcasting System (CBS), Inc. v. US, 316 US 407 (1942); man beachte die wenig präzise Verwendung der Worte "order" und "regulation"

Einzigste Frage, die das Gericht zu entscheiden hatte und auch entschied, war somit die, ob schon jetzt eine Klage möglich sei, um die Gültigkeit dieser regulation zu testen, also die Frage nach der Zulässigkeit der Klage.

Der Supreme Court hielt die Klage für zulässig. Zwar sei, so wurde angeführt, die regulation in Ausübung der rule-making power der FCC ergangen und habe daher Rechtssatzcharakter. Daher liege eine actual controversy mangels eines Verwaltungsaktes, der sich auf diesen Rechtssatz stütze, noch gar nicht vor. Doch könne auch ohne eine solche Handlung der FCC die Rechtsstellung des CBS schon allein durch den Erlass dieser Regulation beeinträchtigt sein, da die berechnete Befürchtung bestehen könne, daß sich die FCC an die von ihr erlassene regulation halten. eine Erneuerung der Lizenz ablehnen und damit der Klägerin großen Schaden zufügen werde.

Mit der Befahrung der Zulässigkeit einer solchen Feststellungs-klage eröffnete also der Supreme Court die Möglichkeit, inzidenter die Rechtmäßigkeit einer regulation überprüfen zu lassen⁵³⁾.

Obwohl Justice Frankfurter in seiner dissenting opinion befürchtete, daß die Zulassung einer solchen Klage "reiche Frucht" in Form von zahlreichen weiteren Klagen in ähnlichen Fällen bringen würde, wurde die Rechtsprechung auch weiterhin aufrecht erhalten⁵⁴⁾. Die Grenze für Klagen dieser Art war dann gegeben, wenn der Schaden eintritt bzw. die befürchtete Handlung der Behörde erst zu irgendeiner späteren, ungewissen Zeit⁵⁵⁾ und dann auch nur möglicher Weise⁵⁶⁾ erfolgen würde. Zu ungewiß ist es z.B., wenn es sich nicht um eine regulation, sondern lediglich um eine Presseäußerung, eine offizielle Meinungsäußerung, ein falsches Untersuchungsergebnis ohne weitere darauf beruhende Verwaltungshandlungen⁵⁷⁾, einen Ratschlag⁵⁸⁾ oder ein Merkblatt bzw. ein soge-

53) Übrigens wurde in einem späteren Prozeß anlässlich der Klage einer gleichfalls betroffenen Rundfunkgesellschaft die regulation - inzidenter - für gültig befunden, NBC v. US, 319 US 190 (1943)

54) B.P. Goodrich Co. v. FTC, 208 F2d 829 (1953), in welchem der Court of Appeals eine Klage um die Gesetzlichkeit einer von der commission erlassenen Verordnung über die Festsetzung bestimmter Mengen-Höchstgrenzen in der Reifenindustrie zuließ; ähnlich auch Bell Telephone Co. of Pennsylvania v. Driscoll, 21 A2d 912 (1941)

55) "at some future time"

56) "too speculative", vgl. zu beiden: Eccles v. Peoples Bank, 333 US 426 (1947)

57) US v. Los Angeles & Salt Lake R. Co., 273 US 299 (1927): Bewertung des Gesellschaftsvermögens als ev. Grundlage für spätere allg. Tariffestsetzungen

58) Helco Products Co., Inc. v. McNutt, 137 F2d 661 (1943)

nanntes Farbbuch einer Behörde handelt⁵⁹⁾.

Obwohl sich Fälle für und auch gegen jeden hier als das geltende Recht herausgestellten Einzelfall finden lassen^{60a)}, so kann die Frage, ob eine Verordnung angegriffen werden kann, auch ohne daß die Behörde sie bereits zur Grundlage ihres - dann selbständig anfechtbaren - Handelns gemacht hat, dahin beantwortet werden, daß diese Möglichkeit für den Fall besteht, wenn der einzelne einen unabwendbaren Schaden schon allein durch das Bestehen dieser Verordnung erleidet oder mit großer Sicherheit in nicht allzu ferner Zukunft erleiden wird und ihm ferner ein Zuwarten bis zum Erlass eines anfechtbaren Verwaltungsaktes billigerweise nicht zugemutet werden kann^{60b)}. Nicht der rein logische Aufbau und die technisch einwandfreie Auslegung eines Gesetzgebungswerkes⁶¹⁾, sondern die Notwendigkeit, einen Staatsbürger angemessen zu schützen, sind die maßgebenden Kriterien für die Zulassung solcher Klagen.

Die Rechtsprechung hat es auf diese Weise verstanden, den einzelnen auf diesem Gebiete vor ihn nachteilig berührendem Handeln der Exekutive im notwendigen und angemessenen Maße zu schützen. Der Supreme Court drückt dies auf seine recht pragmatische Art wie folgt aus:

"The ultimate test of reviewability is not to be found in an overrefined technique, but in the need of the review to protect from irreparable injury threatened ... by administrative rulings." 62)

bb. Umfang der Nachprüfung

Ist nun die gerichtliche Überprüfung einer Verordnung auf die im vorgehenden Abschnitt erwähnte Art zulässig oder wird sie bei der Anfechtung eines Verwaltungsaktes, der auf ihr beruht, überprüft,

59) ein sog. "Blue Book" im Falle Hearst Radio v.FCC. 167 F2d 255 (1948)

60a) vgl. Davis, Adm.L., ch.15, insbes. S. 654 - 646

60b) hier klingen Gedanken an, wie sie uns im deutschen Recht bei der Prüfung des Rechtsschutzinteresses für Feststellungsklagen vertraut sind, vgl. z.B. § 90 II BVerfGG

61) wie es z.B. Justice Frankfurter in der dissenting opinion zum CBS-Fall (vgl. Anm. 52) tat, vgl. insbes. die ersten Absätze

62) CBS v. US, 316, 407 (1942)

so ist damit noch nicht die Frage geklärt, wie weit das Gericht eine solche Nachprüfung erstrecken wird.

Es bedarf keiner weiteren Betonung, daß eine Verordnung für ungültig erklärt werden wird, wenn sie gegen die Verfassung verstößt, selbst wenn sie durch das ermächtigende Gesetz gedeckt sein sollte. Weiterhin wird überprüft werden, ob die Verordnung rechtsgültig zustande gekommen ist, ob also z.B. die gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensvorschriften wie vorherige Bekanntmachung⁶³⁾ oder hearing oder detailed finding of fact⁶⁴⁾ von der Behörde beachtet worden sind. Eine solche Beurteilung mag im einzelnen Falle als Tatfrage zwar schwierig sein, bietet aber im Rahmen dieser Betrachtungen keine besonders interessanten Probleme.

Anders steht es mit der Frage, ob sich die Verordnung innerhalb des Rahmens hält, den das ermächtigende Gesetz gesteckt hat, oder aber, wie es auch ausgedrückt wird, ob sie ultra vires ging. Im ohne weiteres einleuchtenden klassischen Beispiel Morill v. Jones⁶⁵⁾ sah das Einfuhrgesetz vor, lebende Tiere, die eigens zum Zwecke der Zucht von Übersee eingeführt würden, zollfrei zu belassen, sofern diese Tatsache zur Zufriedenheit des Finanzministers und auf solche Weise nachgewiesen werde, wie im einzelnen vom Minister vorgeschrieben werden könne. Der Minister erließ darauf die Verordnung, daß nur Tiere aus hervorragenden Beständen zollfrei zugelassen werden würden, die geeignet seien, die in den USA bestehenden Zuchttrassen zu verbessern. Diese zusätzliche Voraussetzung "hervorragender Bestand" mit der Eignung, die in den Staaten bestehenden Züchtungen zu verbessern, wurde als vom ermächtigenden Gesetz nicht gedeckt angesehen und vom Gericht für ungültig erklärt.

Nicht immer aber liegen die Dinge so einfach, insbesondere nicht, wenn der Behörde mangels genauer standards ein weiter Spielraum gelassen wird. Hier ist die Gefahr groß, daß die Exekutive ihre Rechtsetzungsgewalt auf Kosten des betroffenen Staatsbürgers mißbraucht. Welcher Maßstab ist z.B. anzulegen, wenn das Gesetz den Price Administrator zur Festsetzung von Höchstpreisen für den

63) sec. 4 (a) APA

64) Food, Drug and Cosmetic Act of 1938, 21 U.S.C.A. § 371 (e) (Supp. 1938); Ähnlich Bituminous Coal Act of 1937, 50 Stat. 73

65) 106 US 466 (1883)

Fall ermächtigt, daß nach seiner Ansicht die Verbraucherpreise in solchem Maße ansteigen oder anzusteigen drohen, daß sie unvereinbar mit dem Zweck des Gesetzes werden? Die festgesetzten Preise sollen nach dem besten Dafürhalten des Administrators "generally fair and equitable" sein und zur Verwirklichung des Gesetzeszweckes dienen⁶⁶⁾, nämlich, die Preise zu stabilisieren und ungerechtfertigte Spekulationen sowie anormale Preissteigerungen zu verhindern.

Die Gerichte gehen hier denselben Weg, der dem deutschen Juristen des Polizeirechts ganz besonders vertraut geworden ist: Maßstab für die Gültigkeit einer Verordnung ist, ob sie ein angemessenes Mittel ist, den durch das Gesetz vorgegebenen Zweck zu erreichen und aus diesem Motive heraus erlassen wurde. In Deutschland wird dies in einer Abwägung zwischen Mittel und Zweck unter Zuhilfenahme der Beweggründe festgestellt, welche die Behörde zum Erlaß der Verordnung geführt haben⁶⁷⁾. Der Amerikaner drückt dies in den Worten "in harmony - consistent - with the statute", "clearly arbitrary", "capricious" oder schlicht "reasonable" aus⁶⁸⁾. Dabei ist der Verwaltung weiter Spielraum gelassen, der um so bedeutsamer ist, als das Gericht geneigt ist, in seiner Beurteilung größte Zurückhaltung zu üben. In erster Linie ist es Sache der Behörde, geeignete Mittel und Wege zu finden und in einer Verordnung zu fixieren. Das Gericht hält sich in der Regel nicht für befugt, seine Meinung über die Zweckdienlichkeit einer Verordnung an die Stelle der auf dem besonderen Fachgebiet für weit- aus erfahrener angesehenen Verwaltung zu setzen. Der Gesetzgeber hat sich ja gerade durch die Delegation der Rechtsetzungsbefugnis die größere Sachkunde der Exekutive, ihr Spezialwissen und ihre größere "insight-knowledge" zunutze machen wollen⁶⁹⁾. Im allgemeinen wird daher eine Verordnung nur dann als nicht mehr ver-

66) Emergency Price Control Act of 1942, sec. 2 (a)

67) vgl. z.B. Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 163, 14 ff; Unverhältnismäßigkeit des Mittels, S. 111 f

68) vgl. z.B. Manhattan General Equipment Co. v. Commissioner, 297 US 129 (1936) sowie Pacific States Box & Basket Co. v. White, 296 US 176 (1935)

69) vgl. z.B. NBC v. US, 319 US 190 (1943): in erster Linie obliegt es der Behörde zu bestimmen, was im einzelnen im "public interest", wie der standard lautete, liegt; ähnlich American Telephone & Telegraph Co. v. US, 299 US 232 (1936)

nünftig angesehen, wenn sie offensichtlich willkürlich, völlig ungeeignet oder in keiner Weise Erfolg versprechend erscheint.

Auf diese Weise ist es einem Gericht jedenfalls möglich, im Notfall einzugreifen. Es braucht dann nur auf das Fehlen eines "ausreichend genauen standards" hinzuweisen. Oder es greift auf die Feststellung zurück, die betreffende Verordnung sei "apparently unreasonable". Vom Ergebnis her gesehen empfindet der amerikanische Bürger die einzelnen Entscheidungen als durchaus billig und gerecht, insbesondere wenn es sich um Delegationen an weniger bedeutende Behörden oder Amtsträger handelt, bei denen die Gefahr des Mißbrauchs größer ist als bei den als zuverlässiger angesehenen Bundesbehörden⁷⁰⁾.

Zur Feststellung, ob eine Verordnung unvernünftig oder willkürlich ist, ist es vielfach erforderlich, die Tatsachen zu überprüfen, welche die Grundlage für den Erlass einer solchen Verordnung bilden (basic facts)⁷¹⁾. Jedoch lehnt es das Gericht in der Regel ab, den vollen Aktenvorgang durchzugehen, da die Vermutung der Richtigkeit für das Handeln der Fachbehörde spreche⁷²⁾. Dies hält das Gericht jedoch nicht davon ab, in als besonders krass empfundenen Fällen auch hier wieder entweder einfach festzustellen, die Verordnung sei völlig willkürlich oder finde nicht die geringste Basis in den zu Tage getretenen oder in den Akten enthaltenen Tatsachen⁷³⁾.

Bei dieser Einstellung erreicht die Rechtsprechung eine Elastizität, die es ermöglicht, die Tätigkeit der Verwaltung auf dem Gebiete der Rechtsetzung in einem Ausmaß zu überwachen, das unter Berücksichtigung der zahlreichen mitspielenden Faktoren wie Rechtssicherheit, Gerechtigkeit im Einzelfalle, größere fachliche Erfahrung der Behörde auf bestimmten Gebieten und Überlastung der Rechtsprechung im Ergebnis und in der Regel als ein durchaus angemessenes Vorgehen (due, appropriate, reasonable process) anzusehen ist.

70) vgl. Beispiele bei Davis, Adm.L., S. 59

71) "the agency shall incorporate in any rules adopted a concise general statement of their basis and purpose", sec. 4 (b) APA; ähnlich zahlreiche Einzelgesetze

72) Pacific States Box & Basket Co.v.White, 296 US 176 (1953); ferner Thompson v.Consolidated Gas Co., 300 US 55 (1937) und US v. Rock Royal Co-op, 307 US 544 (1939); vgl.jedoch Justice Douglas in Colorado-Wyoming Gas Co.v.FPC, 324 US 626 (1945):"... we must first know, what the finding is before we can give it ... conclusive weight"

73) Davis, Adm.L., S.533 f, insbes.Anm.63; vgl.auch Schwartz, Adm.L., S. 74 f

2. due process bei Verwaltungsakten

"The values affected by (administrative) decisions probably exceed every year many times the dollar value of all money judgements rendered by the federal courts." 1)

Die Anzahl der Entscheidungen, die die zahlreichen Behörden der Bundesverwaltung und der Verwaltungen der Einzelstaaten treffen, kann nicht einmal annähernd wiedergegeben werden. Daß sie einen weitaus spürbareren Einfluß auf das tägliche Leben des Staatsbürgers haben als die Entscheidungen aller Bundes- und Staaten-gerichte, steht außer Zweifel. Dies wird besonders deutlich, wenn man die Anzahl der Entscheidungen miteinander vergleicht, die von den amerikanischen Gerichten und den Verwaltungsbehörden ergehen.

So entschied z.B. das Treasury Department im Jahre 1936 über 600.000 echte Streitfälle, von denen fast 100.000 in die Beschwerde gingen. Im selben Jahr entschieden die Bundesgerichte wenig mehr als 20.000 Streitigkeiten²⁾. - Einen ähnlichen Aufschluß geben die Statistiken der Illinois Drivers License Division, die über die Erteilung und Entziehung von Führerscheinen im Staate Illinois befindet. Etwa jeder zweitere der ca. 9,6 Millionen Einwohner des Staates ist Inhaber einer Fahrerlaubnis, die in Amerika weit mehr als in Deutschland zu den lebenswichtigen und oft lebensnotwendigen behördlichen Genehmigungen gehört. Diese Behörde entzog in den Jahren 1954 bis 1959 annähernd 150.000 Führerscheine³⁾; die Entscheidungen der Bundesgerichte lagen zahlenmäßig in der gleichen Größenordnung. Dabei werden von der Behörde täglich ca. 25.000 Schriftstücke überprüft, verwertet oder ausgestellt⁴⁾. Ähnlich erwartete man im Staate New Jersey für das Jahr 1959 50.000 Fälle von Entzug der Fahrerlaubnis⁵⁾. Andere Zahlen enthüllen ein ähnliches Bild über den Umfang der Verwaltungs- und

1) Jackson, The Supreme Court in the American System of Government, 1955, S. 51, - zitiert bei Schwartz, Adm.L., S. 76

2) Pennock, Administration and the Rule of Law, S. 68

3) lt. Brief des Secretary of State, Illinois

4) vgl. Davis, Driver Licensing in Illinois, S. 13

5) Meldung der Westfälischen Nachrichten Münster, Nr. 104, S. 3 vom 4. Mai 1960; desgl. Stiefel, Verkehrsgefährdungen, S.207, Anm. 4

Entscheidungstätigkeit der Behörden in Bund und Einzelstaaten⁶⁾.

Der Staat dringt auf solche Weise durch seine Verwaltung in fast alle Bereiche des täglichen Lebens. Er ruft sich durch seine weit verzweigte Tätigkeit stets aufs neue ins Gedächtnis seiner Bürger zurück, indem er sie warnt oder anspornt, ihnen befiehlt und verbietet, Vorteile gewährt und Lasten auferlegt. Darum entsteht täglich aufs neue das Problem, wie sich der einzelne schützen kann, wenn der Staat die ihm durch das Recht gesetzten Grenzen überschreitet.

a. Das Verfahren beim Erlass von Verwaltungsakten

aa. Das formlose Verfahren

"... informal procedures constitute the vast bulk of administrative adjudication and are truly the life blood of the administrative process." 7)

Viele Entscheidungen der Behörden können ohne jeden weiteren Vorgang getroffen werden, weil sowohl über die Tatsachen als auch über die Rechtslage keine Zweifel bestehen. Das ist z.B. in der Mehrzahl der Entscheidungen über die Kriegsopferversorgung oder Altersrenten der Fall. Ähnlich ist es bei der Prüfung für die Erteilung eines Führerscheins oder bei der im Abstand von 2 bis 4 Jahren fast routinemäßig erfolgenden Erneuerung dieser Urkunden^{8a)}. Ebenso ist das Verfahren der Steuerveranlagung nicht entfernt so formalisiert wie im kontinental-europäischen Recht. Viele andere rechtlich und tatsächlich einfach liegende Vorgänge, die auch für den Betroffenen geringes Gewicht haben, bilden das tägliche Brot der Behörden. Die

6) die ICC überprüft jährlich ca. 110.000 Lokomotiven; der Grain Branch of the Production and Marketing Administration of the Dpt. of Agriculture führte im Jahre 1951/52 2,4 Millionen Untersuchungen durch und beschied 99.599 Beschwerden; das Bureau of Old-Age and Survivors Insurance of the Social Security Administration, Dpt. of Health, Education and Welfare, erläßt monatlich ca. 165.000 Rentenbescheide; vgl. Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 660 f, 664 f

7) aus dem Bericht des Attorney General's Committee on Adm. Procedure, - zitiert bei Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 60

8a) durch Befragung des Verfassers ermittelt

Verwaltungsübung wird widerspruchslös hingenommen.

Die Zurückhaltung der amerikanischen Mentalität gegenüber Entscheidungsakten der Verwaltung, die sogar in der Rechtswissenschaft erkennbar ist, geht allerdings sehr weit. Man hält ein formalisiertes Verfahren für unnötig, wo fachmännische Untersuchungsergebnisse vorliegen, deren Glaubwürdigkeit vernünftigerweise nicht in Zweifel gezogen werden könnten und wo das berechnete Vertrauen in das lautere Handeln der zuständigen Beamten zur wesentlichen Grundlage des behördlichen Vorgehens würde, wo also leidenschaftslose Sachlichkeit die Entscheidung leite. Dort sei höchstens eine formlose Unterredung zwischen den Beteiligten notwendig oder eine kurze Stellungnahme seitens der Betroffenen ausreichend. Dieser "Geist der Kameradschaft und Gemeinschaft"^{8b)} zwischen der Überwachenden Behörde und den zu Überwachenden, dieses gemeinsame Arbeiten erfordert kein formelles Verfahren, sondern "runde Konferenztische und aufgeknöpfte Röcke anstelle von Zeugenstand und den Fällen des Gerichtssaals"⁹⁾.

Gleichwohl ist der einzelne auch in diesem formlosen Verfahren nicht schutzlos, da er - zumindest soweit der Federal Administrative Procedure Act anwendbar ist - ein förmliches Verfahren verlangen kann.

bb. Das förmliche Verfahren

"One of the best available protections against arbitrary action consists in the adherence to sound procedures." 10)

Das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden ist sehr uneinheitlich. Das erklärt sich aus der Entwicklung der Behörden, denen anfänglich die Gestaltung ihrer Verfahren selbst überlassen blieb, da allgemeine Grundsätze noch so gut wie gar nicht vorhanden waren. Aber auch, als das Verwaltungsrecht den Kinderschuhen entwachsen

8b) Ausdruck Senator Humphrey's, allerdings in kritisch warnendem Sinne, in den Vernehmungen vor dem Subcommittee to study Senate concurrent resolution 21, tlw. abgedruckt in Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 39

9) Davis, Adm.L., S. 183

10) Pennock, Administration and the Rule of Law, S. 214

11) Pritchett, Am.Constitution, S. 493: "... the due process clause remains the broadest guiding principle for determining the validity of ... adm. action"

war, änderte sich hieran nicht viel. Diese Situation hat sich auch nicht wesentlich durch den Erlass des APA geändert, zumal dieser ja nur bei Verfahren vor den Bundesbehörden gilt. Ein einheitliches Verfahren im strengen Sinne ist bei der Verschiedenheit der Verwaltungsbehörden und der von ihnen zu erledigenden Aufgaben auch unerreikbaar.

Gleichwohl haben sich im Laufe der Zeit gewisse Grundsätze herausgebildet, deren Nichtbeachtung einen Verfahrensverstoß bedeutet und einen Grund für die Anrufung der Gerichte abgeben kann. Die Entwicklung dieser allgemeinen Prinzipien ist aufs engste mit dem Begriff des procedural due process verknüpft. Hier, beim Verfahren vor den Verwaltungsbehörden, erlangt er seine größte Bedeutung und weiteste Ausgestaltung. Alle wesentlichen Verfahrenselemente, die heute im Verwaltungsrecht als unerlässlich betrachtet werden, haben sich aus der Auffassung über einen due process, einen lautereren, fairen, angemessenen Prozeß entwickelt. Die Entscheidungen der Gerichte über die Ausgestaltung dieses Begriffs in der Praxis der Verfahren vor den verschiedenen Behörden gehen in die tausende. Sie kommen zu den verschiedensten Ergebnissen und, wie nicht verwunderlich, auch manchmal zu widersprechenden. Ihnen im einzelnen nachzugehen, ist nicht Aufgabe dieser Untersuchung. Es genügt zu betrachten, wie weit in der großen Mehrzahl der Fälle grundlegende Gedankengänge herausgearbeitet wurden, die auf das Verfahren Einfluß gehabt haben und dem Schutz des Staatsbürgers dienstbar gemacht worden sind. Auf Ausnahmen von der herrschenden Lehre und Praxis wird besonders hingewiesen werden.

Notice and hearing. - Im Hintergrund des Staatsbewußtseins des Amerikaners liegt stets eine gewisse Skepsis, ja ein ausgesprochenes Mißtrauen oder sogar eine Abneigung gegen jede Art von Autorität. Es dürfte zwar übertrieben sein, von einer "Verwerfung der Autorität an sich" zu sprechen, wie es der bekannte englische Anthropologe und Soziologe Gorer festgestellt zu haben glaubt¹²⁾. Gleichwohl ist es dem Amerikaner zuwider, wenn etwas, was ihn angeht, von oben herab geschieht, ohne daß er etwas davon erfährt. Gegen ein solches Handeln über seinen Kopf hinweg sträubt er sich so sehr wie möglich.

12) Die Amerikaner, S. 11 ff

Wenn es schon um seine persönlichen Angelegenheiten geht, dann ist es auch seiner Meinung nach recht und notwendig, daß man ihn davon nicht nur angemessen benachrichtigt, sondern ihn dazu anhört, damit er notfalls seine Interessen wahrnehmen kann¹³⁾. Mag man es als eine Erscheinungsform des Individualismus, des demokratischen Gedankens oder einfach des gesunden Menschenverstandes, des so viel gepriesenen common sense, ansehen, in welchen Teilen des amerikanischen Verwaltungsrechts jedenfalls sind diese beiden Voraussetzungen eines ordnungsgemäßen Verfahrens verwirklicht worden. Notice and hearing sind als Grundsätze zu einem festen Bestandteil im administrative process geworden.

Der rechtliche Weg hierzu führte über die due-process-Klausel. Die Ursprünge dieser Entwicklung sind bis in das Jahr 1723 zurückzuverfolgen, als Justice Fortescue feststellte:

"... even God himself did not pass sentence upon Adam, before he was called upon to make his defense. Adam (says God) where art thou? Hast thou not eaten of the tree ... ?" 14)

Dieser Satz, der uns in der römisch-rechtlichen Form des "audi alteram partem" oder in der deutsch-rechtlichen des "Einen Mannes Rede ist keines Mannes Rede; man muß sie hören alle bede", vertraut ist, gehört auch zum kontinental-europäischen Rechtsbewußtsein¹⁵⁾. In den Vereinigten Staaten wird er wohl mit Fug und Recht als "das älteste niedergelegte Prinzip im anglo-amerikanischen Verwaltungsrecht" bezeichnet¹⁶⁾.

Es gibt daher heute in Amerika nur noch wenig Auseinandersetzung darüber, daß im Grundsatz notice und hearing auch im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden, und zwar in Ausübung ihrer quasi-judicial function¹⁷⁾, durch die due-process-Klausel vorgeschrieben sind.

13) aus dem Gesichtspunkt der Interessenkenntnis verlangt Schultze-Rhonhof. Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, rechtliches Gehör im Verfahren vor den Behörden auch für das dt. Verwaltungsverfahren, vgl. insbes. S. 58 und 65

14) Rex v. Chancellor of the U.o. Cambridge (1723) 1 Str. 557, 567; 93 Eng. Rep. 698, 704 (K.B.); zitiert bei Schwartz, Adm. L., S. 104

15) Art. 103 Abs. I GG bzgl. Verfahren vor den Gerichten; bzgl. Verwaltungsverfahren vgl. Schneider, The Right to a Hearing, S. 415-420; Forsthoff, Verwaltungsrecht, § 12, S. 217 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; Jellinek, Verwaltungsrecht, § 12, S. 290; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 103, Anm. 92-94; König, Rechtliches Gehör, S. 190 f; alle anerkennen einen Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn auch mit z.T. abweichender Begründung; im übrigen vgl. Schultze-Rhonhof a.a.O.

16) Schwartz, Adm. L., S. 104

17) im Unterschied zu ihrer quasi-legislative function, vgl. oben, S. 74 ff

Nur noch wenig Streit besteht auch darüber, daß due process einen bestimmten Zeitpunkt allerdings nicht vorschreibt. Es kommt ganz pragmatisch auf die Art des betreffenden Verwaltungsverfahrens an, denn "due" process erfordert eine angemessene Berücksichtigung erheblicher Unterschiede. Den Erfordernissen des due process ist daher häufig schon dadurch genügend Rechnung getragen, wenn irgendwann im Verlaufe des Verfahrens der Betroffene unterrichtet und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird¹⁸⁾, ja, es genügt sogar mitunter, wenn ihm diese Gelegenheit erst gegeben wird, wenn das Verfahren vor der Behörde bereits abgeschlossen ist und nur noch eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit besteht, sofern dann allerdings ein hearing in vollem Umfange gewährt wird¹⁹⁾.

Ferner ist es ohne Zweifel erlaubt, in eiligen Notfällen vorläufige Maßnahmen zu treffen oder den Betroffenen sogar vor vollendete Tatsachen zu stellen (z.B. Beschlagnahme und Vernichtung eines verdorbenen Lebensmittelbestandes)²⁰⁾. Es genügt in einem solchen Falle, wenn der Betroffene im gerichtlichen Verfahren im Wege einer Feststellungs- oder Schadensersatzklage das Vorgehen der Behörde zwar nicht mehr ungeschehen machen, aber angreifen kann.

Weniger einmütig ist die Rechtsprechung, wenn es sich um die Entziehung einer license handelt. Unter license wird die Erlaubnis zu einem bestimmten Tun (vornehmlich Ausübung eines Berufes) verstanden, das ohne diese license verboten ist. Hier pflegt man vielfach einen Unterschied dahin zu machen, daß in bestimmten Fällen durch die Erteilung ein Recht (- vested - right) auf die Ausübung des bestimmten Tuns verliehen wird, das ohne notice and hearing nicht entzogen werden darf, während in anderen Fällen nur ein privilege verliehen wird, auf dessen Fortbestehen man keinen Rechts-

18) Yakus v. US, 321 US 414 (1944): "Procedural due process undoubtedly requires that a hearing be accorded at some stage of an administrative proceeding"; Opp Cotton Mills v. Administrator, 312 US 126 (1941): "... due process do(es) not require a hearing ... at any particular point ..."

19) z.B. bei Steuerveranlagungen oder im Kriegsfall, vgl. Bowles v. Willingham, 321 US 503 (1944): "... where Congress has provided for judicial review after the ... orders have been made effective it has done all that due process under the war emergency requires", ferner Jordan v. American Eagle Fire Insurance Co., 169 F2d 281 (1948)

20) sog. summary proceedings: North American Cold Storage Co. v. Chicago, 211 US 306 (1908)

anspruch besitzt und das daher auch ohne besonderes Verfahren wieder entzogen werden kann, sofern nur die Behörde glaubt, daß die tatsächlichen Voraussetzungen für den Entzug eingetreten seien. Dem liegt der Gedankengang zugrunde, daß ja nur ein ausreichendes rechtliches Interesse, ein Recht, durch dessen Entzug der Betroffene in seiner Rechtsstellung berührt wird, durch die due-process-Klausel geschützt werde.

Diese right - privilege Unterscheidung²¹⁾ wirkt sich in der Praxis häufig so aus, daß unter die Rechte gewöhnlich die Befugnisse zur Ausübung aller der Tätigkeiten eingeordnet werden, die einem allgemein als nützlich angesehenen Zweck dienen und nur eine geringe Gefahr für die öffentliche Sicherheit, Ordnung, Gesundheit und Moral mit sich bringen, wie z.B. der Beruf der Rechtsanwälte oder Ärzte. Es beruht jedoch lediglich auf einem Privileg, wenn man einen für die Allgemeinheit gefährlichen oder im sozialen Prestige unbedeutenden oder unerwünschten Beruf ausübt, wie z.B. einen Tanzsalon betreibt oder eine Spielhalle, eine Badeanstalt, einen gewöhnlichen Straßenverkaufsstand²²⁾.

Wie unscharf diese Art der Einteilung ist, zeigt z.B. die Unsicherheit über den Rechtscharakter der Fahrerlaubnis, die zwar in vielen Staaten als ein Privileg angesehen wird²³⁾, hinsichtlich der aber gleichwohl vielfach die Möglichkeit eines formellen Verfahrens für den Entzug eingeräumt wird²⁴⁾. Leider ist jedoch ein schon 1940 ergangener Spruch eines kalifornischen Gerichts (noch) eine Ausnahme. Hier wird das Problem von der wesentlichen Seite her angegriffen und ausgeführt:

"Wir können nicht vergessen, daß das Recht Gerechtigkeit zum Ziele hat, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Lizenz als Privileg gewährt oder als wohlverworbenes Recht betrachtet wird." 25)

21) Jaffe, Right to Judicial Review, S.784, nennt eine solche Unterscheidung eine "perversion of thought and of law"

22) vgl. z.B. Corwin, Constitution, S. 1086; Davis, Adm.L., S.251 ff; mit am ärgsten ist hier das liquor-business, der Alkoholhandel und -ausschank betroffen

23) so z.B. in Illinois, vgl. Rules of the Road, S. 18; bzgl. anderer Staaten vgl. Davis, Adm.L., S. 253

24) vgl. Illinois Motor Vehicle Law of 1958, sec. 6-209; 6-212; ähnlich der Uniform Vehicle Code, revised 1956, sec. 6-211

25) Irvine v. State Board of Equalization, 104 P2d 847 (1940)

Ist man sich im Grunde darüber einig, daß notice and hearing zumindest an irgendeiner Stelle des Verfahrensablaufs erforderlich sind, so ist damit noch nicht gesagt, was im einzelnen darunter zu verstehen ist, insbesondere, ob das hearing nur eine Gelegenheit zur Äußerung ist (opportunity to be heard), also nur schriftlich oder gar mündlich erfolgen kann, ob ein Verfahren vorgeschrieben ist, das dem vor Gerichten Üblichen ähnelt und Vernehmung und Verteidigung von Zeugen und Sachverständigen vorsieht, ferner welche Beweisregeln gelten und ob man sich der Hilfe eines Anwalts bedienen darf.

Es ist nicht Sinn dieser Ausführungen, allen diesen Problemen im einzelnen nachzugehen²⁶⁾. Wichtig ist es jedoch zu beachten, daß bei der Lösung dieser Fragen stets eine Überlegung im Vordergrund steht, nämlich die, wie weit jene Sicherungen der Individualsphäre im einzelnen zum Ablauf eines angemessenen Verfahrens für erforderlich gehalten werden. Das Wort due (angemessen) weist auf die Relativität der zu schützenden Werte hin. Es verlangt eine Abwägung der berechtigten, für schutzwürdig gehaltenen Interessen des betroffenen Staatsbürgers, fordert aber auf der anderen Seite auch eine Beachtung der Anforderungen, die heute an die Verwaltung gestellt werden und deren Erfüllung durch allzu starke Berücksichtigung individueller Interessen gefährdet werden kann. Hier tritt immer wieder das Spannungsverhältnis zu Tage, das für die modernen, hochentwickelten Staatswesen der freien Welt so charakteristisch geworden ist, nämlich hier die Notwendigkeit einer tüchtigen, wirkungsvollen, zielgerichteten und gestaltenden Verwaltung, ohne die weder der Staat als solcher noch die in ihm zusammengeschlossenen Einzelwesen heute existieren können, - und dort das Individuum mit seinen unverletzlichen Rechten, die zu erhalten höchste Verpflichtung und eigentlicher Sinn des Staates ist.

Diese in Europa seit langem erkannte Interessendivergenz findet also auch in den Vereinigten Staaten rechtliche Berücksichtigung. Sie wird jedoch kasuistisch behandelt, also dort auf den einzelnen Fall bezogen, wo sie in handgreiflicher, allgemein spürbarer und mitunter die Öffentlichkeit stark beeindruckender Form

26) vgl. den abrißartigen Überblick bei Stirnberg, Verwaltungsbehörden, S. 85 - 103

auftritt. Von Staat zu Staat sind dabei die Bewältigungsmethoden verschieden ausgeprägt. Auf das Problem der Untersuchungsbefugnisse wurde bereits zuvor²⁷⁾ hingewiesen. Es taucht auch beim Erlaß von Verwaltungsakten auf, da auch hier die genaue Kenntnis der Tatsachen und Vorfälle unerlässlich für ein wirksames Vorgehen der Behörden ist. In der Frage der Beweisregeln im Verwaltungsverfahren ist es umstritten, welche Tatsachen die Behörde zur Grundlage ihrer Entscheidung machen darf.

Durch das klassische Verfahren vor der Jury war der amerikanische Jurist an äußerst strenge Beweisregeln gebunden, die im Grunde genommen alle aus dem Bestreben zu erklären sind, daß man die Jury, die ja aus Laien besteht, mit allen solchen Beweisen verschonen wollte, die leicht zu einer Verwirrung führen könnten. So ist z.B. der sogenannte hear-say evidence nicht gestattet: die Person, welche die betreffende Äußerung getan hat, muß selbst vor Gericht aussagen; die Vernehmung einer zuhörenden Person über eben diese Aussage ist nicht erlaubt.

Ähnliche Probleme tauchten im Verwaltungsverfahren auf. Die Erkenntnisquellen der Verwaltung sind jedoch weit umfangreicher als die des Gerichtes. Der Behörde steht das angesammelte Fachwissen ihrer sämtlichen Mitarbeiter zur Verfügung, sie kennt die Vorgänge und Probleme aus allen bei ihr anhängigen oder anhängig gewesenen Verfahren, sie bedient sich der Fachzeitschriften und sonstigen einschlägigen Literatur sowie der Ergebnisse ihrer eigenen, unabhängig von einem bestimmten Verfahren durchgeführten Untersuchungen. Die von den Antragstellern oder von den sonstigen im Verwaltungsverfahren Betroffenen hereingereichten Informationen bilden daher nur einen Teil ihres Wissens.

Es ist offensichtlich, daß die Behörde zur Durchführung einer gestaltenden Verwaltung auf dieses angesammelte Wissen nicht verzichten darf, wenn sie sich nicht dem Vorwurf mangelhafter Verwaltung aussetzen will. Es ist aber ebenso ersichtlich, daß die Betroffenen von diesen Tatsachen vielfach keine Kenntnis haben und manchmal nicht haben können. Dies birgt die Gefahr in sich, daß die Behörden mitunter Entscheidungen treffen, die für die Beteiligten eine unliebsame Überraschung bedeuten, weil sie aus

27) s.o. S. 83 ff

Unkenntnis der zugrunde liegenden Tatsachen nicht mit einer solchen Entscheidung rechnen konnten.

Der Ausweg aus diesem Dilemma hat zu der Regel geführt: Die Verwaltungsbehörde muß die Partei von allen Außenwelttatsachen unterrichten, die sie zur Grundlage einer Entscheidung machen will. Den Parteien muß sodann Gelegenheit gegeben werden, zu diesen Tatsachen Stellung zu nehmen. Nur so ist eine Entscheidung, die andernfalls ein zu starkes Überraschungsmoment für die Betroffenen bergen könnte, in einem fairen Verfahren ergangen. Mag es sich nun um die Möglichkeit handeln, den von der Behörde in Abwesenheit der Partei vernommenen Zeugen durch ein Kreuzverhör auf seine Glaubwürdigkeit zu prüfen²⁸⁾, oder mögen die Sachleute der Behörde, deren Untersuchungsbericht zur Grundlage der Entscheidung gemacht worden war, als Zeugen befragt werden²⁹⁾, oder mag es darum gehen, daß ein vertraulicher Brief von der Behörde vorgelegt werden muß, damit der Betroffene zu seinem Inhalt Stellung nehmen kann³⁰⁾, in jedem Falle muß der Partei Gelegenheit gegeben werden, zu dem was vorgent Stellung zu nehmen³¹⁾. Auch kann sich die Behörde auf Untersuchungsergebnisse aus anderen von ihr abgewickelten Verfahren oder auf unabhängig davon durchgeführte Untersuchungen berufen, sofern keine Tatsachen Grund zu der Annahme geben, daß sich die Verhältnisse seit diesen letzten Untersuchungen geändert haben³²⁾. Die Feststellungen des Supreme Court in dem führenden Fall *ICC v. Louisville & Nashville R.R.*³³⁾ sind daher geltendes Recht, wenn dort ausgeführt wird:

299

28) *Matter of Lipschitz v. Mealey*, 20 NYS2d (1940)

29) *Lindsey v. Public Utilities Commission*, 144 NE 729 (1924)

30) *Chew Hoy Quong v. White*, 249 P 869 (1918); vgl. jedoch zum Problem des geheimgehaltenen Belastungszeugen (secret informer) im Strafverfahren *Loewenstein*, Verfassungsrecht, S.562-655; ferner *US v. Nugent*, 346 US 1 (1954): due process verlangt in Kriegszeiten nicht die Offenlegung von FBI Akten im Einberufungsverfahren zum Militärdienst

31) vgl. ferner: *Lupinski v. Industrial Commission*, 206 NW 195 (1925), bzgl. eines der Partei nicht bekanntgegebenen Berichts eines Inspektors der Behörde; ferner den berühmten Fall *Ohio Bell Telephone Co. v. Public Utilities Commission of Ohio*, 301 US 292 (1937) in Bezug auf Preis-Indexe, Gerichtsentscheidungen und ähnliche Quellen, die anzugeben die Behörde sichweigert hatte: "This is not the fair hearing essential to due process"; *US v. Abilene & Southern Ry.*, 265 US 274 (1924): "Nothing can be treated as evidence which is not introduced as such."

32) *Railroad Commission v. McDonald*, 90 SW2d 581 (1936); vgl. auch *Grayson v. Lynch*, 163 US 462 (1896) und *Denver Union Stockyard Co. v. US*, 304 US 470 (1937)

33) 227 US 88 (1913)

"Alle Parteien müssen über das vorgelegte oder vorzulegende Beweismaterial vollständig unterrichtet werden. Ihnen muß Gelegenheit gegeben werden, Zeugen zu vernehmen, Schriftstücke einzusehen und zusätzlichen oder gegensätzlichen Beweis anzutreten. Auf keine andere Weise kann eine Partei ihre Rechte behaupten oder ihre Verteidigung durchführen."

Gegenüber den starren Beweisregeln im Zivil- und Strafprozeß ist also das Verwaltungsverfahren weitaus beweglicher gestaltet. Dies entspricht auch mehr dem Wesen der Verwaltungstätigkeit. Die Aufgabe der Gerichte besteht in erster Linie darin, einen Streit zwischen den Parteien zu entscheiden. Es kann diesen daher überlassen werden, das Beweismaterial heranzutragen, und es kommt, wenn die Parteien dieser Aufgabe nicht genügend nachkommen oder nachkommen können, nicht so sehr darauf an, daß das Urteil aufgrund eines zutreffend festgestellten Sachverhalts ergeht, sondern daß es überhaupt und dem festgestellten gemäß gerecht gefällt wird und daß der Streit beigelegt ist. Die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden dagegen ist auf möglichst sachgerechte Lösung der ihr vom Gesetzgeber gestellten Verwaltungsaufgaben ausgerichtet. Sie kann sich nicht auf die mangelhaften Informationen verlassen, die von außen an sie herangetragen werden, weil diese oftmals falsch, unvollständig oder irreführend sind.

Die aufgezeigte Entwicklung des Verfahrens gibt der Verwaltung diese Möglichkeit. Zugleich aber ist dem einzelnen genügend Gelegenheit eingeräumt, seine Rechte durch Teilnahme und Stellungnahme am Beweisverfahren zu wahren.

bias^{34a)}. - Großes Unbehagen hat den amerikanischen Juristen auch immer wieder die Tatsache bereitet, daß dieselbe Behörde, welche durch Erlaß einer Verordnung den Rechtssatz erlassen hat, durch ihre Beamten die Einhaltung dieser Norm überwacht, Verletzungen verfolgt und in Streitfällen entscheidet. Insbesondere die Funktionskombination von judge and prosecutor war ihnen ein steter Dorn im Auge, weil man glaubte, eine Behörde, die bereits durch die Voruntersuchung in den Fall verwickelt war, sei zur späteren unparteilichen Entscheidung des Falles nicht fähig. Im Strafrecht

34a) etwa: Parteilichkeit, Voreingenommenheit, Befangenheit, deren Ausschaltung als improper bias ebenso wie "notice and hearing" (s.o.S. 98) notwendiges Verfahrenselement ist

hatten diese Überlegungen dazu geführt, die Funktionen von Richter und Staatsanwalt streng zu trennen. Das Bestreben war nun, eine entsprechende Aufgabenteilung auch bei behördlichen Verfahren durchzuführen.

Würde man jedoch dieses Prinzip rigoros auf die Verwaltung übertragen, so wäre deren Tätigkeit stark behindert. Es ist ja gerade der Vorzug der Verwaltungsbehörden, daß ihre ganze Tätigkeit von einer bestimmten Voreingenommenheit getragen ist, ja getragen werden muß, nämlich dem Bestreben, die durch das Gesetz vorgezeichnete bestimmte Politik im Einzelfall gestaltend in die Wirklichkeit umzusetzen^{34b)}. Ohne diesen Eifer und ohne den Willen zu einem bestimmten Erfolg wäre die Erfüllung der den Verwaltungsbehörden gestellten Aufgaben unmöglich. Insoweit hat jede Behörde an jedem Fall, den sie bearbeitet, auch ein eigenes Interesse^{34c)}.

Andererseits besteht immer die Gefahr, daß der einzelne Beamte bei der Ermittlung der tatsächlichen Voraussetzungen einer Entscheidung einseitig beeinflusst ist. Dann würde es einem geordneten Verfahren widersprechen, wenn er auch die Entscheidung fällte. Der Fall NLRB v. Washington zeigt, wie bedeutsam dieses Problem werden kann. Dort hatte der Beamte mit vorgefaßter Meinung die Verhandlung eröffnet und war auch nicht willens gewesen, seine Meinung auf die weiteren Beweise und Argumente hin zu überprüfen; er schüchterte Zeugen ein, unterbrach die Vernehmung durch grobe, unsachliche Bemerkungen und erließ schließlich die Entscheidung im bereits zuvor gefaßten Sinne³⁵⁾.

Besonderes Aufsehen erregte ferner in diesem Zusammenhang der Fall Wong Yang Sung v. McGrath³⁶⁾, in welchem die Praxis des Immigration and Naturalization Service in Grund und Boden verdammt wurde, weil im Ausweisungsverfahren sowohl die Vernehmung des Fremden als auch der Ausweisungsbeschluß vom selben Beamten vorgenommen und erlassen worden waren. Das Gericht bezeichnete

34b) Landis, Adm.Process, S.95, hat dies den "proper bias" genannt; vgl.auch den bei Radbruch, Geist des Englischen Rechts, S.27 wiedergegebenen Ausspruch von Lord Hewart:"Die einzige menschenmögliche Unparteilichkeit ist die, welche sich aus dem Unverständnis für beide Seiten des Rechtsfalles ergibt."

34c) vgl.Wolff, Verwaltungsrecht, § 21 I, S.79 und § 3 I a & b,S.14

35) NLRB v.Washington Dehydrated Food Co., 118 F2d 980 (1941)

36) 339 US 33 (1950)

dies als das "vollkommene Beispiel eines Verfahrens, das so einmütig (mit Erlaß des APA) verurteilt worden sei", gab jedoch bereits 5 Jahre später zu erkennen, daß die Verbindung von judge and prosecutor an sich in derselben Behörde, in derselben Abteilung oder auch in derselben Person nicht notwendigerweise gegen die due-process-Klausel verstoße³⁷⁾.

Um jedoch möglichst allen Vorwürfen bzgl. einer unangemessenen Parteilichkeit, eines improper bias, von vorneherein zu begegnen, bestimmt jetzt der APA für die Bundesverwaltung, daß wenigstens der Person nach verschiedene Beamte tätig werden müssen, nämlich solche, die die Vorermittlungen führen, und solche, welche die mündliche Verhandlung leiten und die Entscheidung fällen oder sie entwerfen³⁸⁾.

Institutional decisions. - Für die Art der Durchführung dieser Verfahrensmaxime, für den Grad der Trennung der Funktionen stellt sich zur Begrenzung der Problematik die Frage, ob due process nicht, nun umgekehrt, die Entscheidung durch einen Beamten verbietet, der bisher an dem ganzen Verfahren gar nicht beteiligt war, der also weder die Voruntersuchungen eingeleitet und durchgeführt, noch die mündliche Verhandlung geleitet, die Zeugen vernommen und den abschließenden Bericht über die Ergebnisse dieses Verfahrens angefertigt hat, kurz, der zum ersten Male von der ganzen Angelegenheit etwas erfährt, wenn sie ihm in einem Aktenstück auf den Tisch zur Abfassung der Entscheidung gelegt wird. Eine solche Entscheidung vom grünen Tisch aus ist für den an das angelsächsische Gerichtsverfahren mit seiner besonders entwickelten Beweistechnik gewöhnten amerikanischen Juristen deshalb nicht ohne Problematik, weil der Beamte ja vor allem die Zeugenaussagen nicht gehört und den Plädoyers nicht beigewohnt hat. Ihm fehlt also der unmittelbare Eindruck, der wesentliches Element der Beweismwürdigung und Meinungsbildung im amerikanischen Prozeß ist.

Hinzu kommt die Frage, wie weit der die Entscheidung fällende Beamte ohne Hinzuziehung der Parteien den Fall mit seinen Kollegen besprechen, sich bei ihnen in speziellen Fragen durch besondere

37) Marcello v. Bands, 349 US 302 (1955)

38) in Ausweisungsfällen findet der APA kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung keine Anwendung mehr: "rider" zum Appropriation Act, September 27, 1950, sowie Immigration and Nationality Act of 1952

Hinweise helfen lassen und ob er gar mit anderen Beamten, die mit derselben Funktion wie er betraut sind, Absprachen über eine allgemein einzuhaltende Entscheidungsmethode treffen darf.

Hier streiten zwei grundsätzliche Erwägungen miteinander. Auf der einen Seite stehen die unverkennbaren Vorzüge, die das Zusammenarbeiten der Fachkräfte innerhalb der Behörde, das team work, mit sich bringt³⁹⁾. Die Nachteile sind andererseits aus dem ersichtlich, was Acheson in einem gleichermaßen launigen wie treffenden Zitat ausgedrückt hat:

"The agency is one great obscure organization ... It is absolutely amorphous. (The citizen) pokes it in one place and it comes out in another. No one seems to have specific authority. There is someone called the commission, the authority; a metaphysical omniscient brooding thing which sort of floats around the air and is not a human being ... the case ... goes into this great building and mills around and comes out with a commissioner's name on it but what happens in between is a mystery. That is what bothers people." 40)

Nimmt man hinzu, daß heute die Behörden vielfach mit Hilfe modernster Maschinen, die oft hunderte von Menschen ersetzen⁴¹⁾, ihre Entscheidungen erlassen, so kann man die Zweifel begreifen, ob ein solcher mechanisierter Vorgang noch den Vorstellungen eines due process entspricht.

In der Tat versuchte darum auch der Supreme Court, die Konsequenzen aus diesen Überlegungen zu ziehen und forderte, daß derjenige, welcher den Fall letzten Endes entscheidet, ihn auch gehört, zumindest aber das erhebliche Material genau überprüft und sich eine eigene Meinung gebildet haben müsse⁴²⁾. Diesen strengen Maßstab mußte er aber schon bald wieder aufgeben, da es sich als

39) z.B. Mathematiker, Statistiker, Steuerfachleute, Ingenieure, Ärzte innerhalb z.B. der ICC, SEC, FCC; vgl. Gellhorn, Adm. Proceedings, S.28: "Wisdom in the complicated areas of modern governmental regulation is often necessarily the product of many minds."

40) zitiert bei Davis, Adm.L., S. 357

41) z.B. Elektronenrechenmaschinen beim Erlaß von Rentenbescheiden; die Illinois Drivers License Division bei der Auswertung der Akten, dem Heraussuchen der Verkehrssünder und dem automatischen Erlaß eines entsprechenden Bescheides, der nur noch zur Kontrolle überprüft und unterschrieben zu werden braucht, vgl. Davin, Driver Licensing in Illinois, S.8 f.13; -zur Diskussion in Deutschland vgl. Zeidler in DVBl.1959, S.681, der von "Verwaltungsfabriken" spricht (z.B.Fernsprechgebührenrechnungen)

42) Morgan v. US, 298 US 468 (1936), der sog.first Morgan case: "The one who decides must hear."

technisch unmöglich herausstellte, daß die wenigen zur Entscheidung befugten Beamten die gesamten Akten durchgingen; die Masse der Fälle zwang dazu, sich auf Hilfsarbeiter, Examiners usw. weitgehend zu verlassen⁴³⁾.

Dieser hier kurz gestreiften Probleme aus dem formellen Verwaltungsverfahren und viele andere⁴⁴⁾ lassen immer wieder die Bemühungen der Gerichte erkennen, den Anschauungen über ein ordentliches Verfahren (due process) Wirksamkeit zu verleihen. Für das Verfahren vor den Bundesbehörden haben diese Überlegungen ihren vorläufigen Ausdruck im APA gefunden, der sowohl die von der due-process-Klausel der Unionsverfassung geforderten Mindestvoraussetzungen in gewissem Umfange in Gesetzesform gebracht als auch darüber hinaus in Fortbildung dieser Überlegungen weitergehende Bestimmungen eingeführt hat. Zum Schluß dieses Abschnittes sei daher eine Übersicht über die wesentlichsten Bestimmungen gegeben, in der rückschauend zahlreiche Gedankengänge wieder anklingen werden, die zuvor berührt wurden.

Der Administrative Procedure Act. - Eine allgemeine Regel darüber, in welchen Fällen, unter welchen Umständen und in welcher Form notice und hearing erforderlich sind, wird im APA nicht gegeben (sec. 5, introduction). Insofern bleibt es bei den von der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätzen⁴⁵⁾. - Sofern aber notice und hearing erforderlich sind, muß dies mindestens in der Gelegenheit bestehen, Tatsachen, Anträge, Stellungnahmen und Vorschläge einreichen zu können, soweit dies der Natur des Verfahrens und dem öffentlichen Interesse angemessen ist (sec. 5-b). Der einschränkende Hinweis auf die Natur des Verfahrens und das öffentliche Interesse

43) im Falle Florida Economic Advisory Council v. FPC, 251 F2d 643, certiorari denied, 356 US 959 (1958) legte der examiner nach fünfmonatiger Vorbereitung durch eingehende hearings usw. dem zur Entscheidung befugten board das Aktenstück mit einem Umfang von 20.000 Seiten vor. Das board entschied 22 Tage darauf. Der einzelne commissioner des board hätte also, wenn er sich eine völlig selbständige Meinung hätte bilden und die ganze Akte genau durchlesen müssen, täglich 600-700 Seiten lesen müssen, wie die Revision beanstandete; sie wurde jedoch als unbegründet zurückgewiesen

44) z.B. die Frage, ob und unter welchen Umständen eine jury erforderlich sein könnte; Straf- und Zwangsmittel der Verwaltung; schriftliche Begründung der Entscheidung; Notwendigkeit, einen Tatbestand festzustellen

45) vgl. den Überblick auf S. 98 - 105

gibt also der Verwaltung weiten Raum und zeigt erneut die Relativität, mit der der Begriff eines due process aufgefaßt wird⁴⁶⁾.

Insoweit bringt also der APA nicht neues Recht, sondern verweist auf die bereits bestehende Rechtslage und scheut vor jeder genaueren Festlegung überlieferter Methoden in einem eindeutigen Rechtsgrundsatz zurück. Hier ist noch ein weites Feld für die Auslegung der due-process-Klausel in der Zukunft.

Dagegen sind die Vorschriften über die Art des hearing genauer abgefaßt. Es findet vor einem examiner statt, sofern es nicht die Beamten oder die Kollegialbehörde selbst leiten, die zum Erlaß der Entscheidung befugt sind (sec. 7-a). Dieser examiner besitzt eine gewisse Unabhängigkeit. Er untersteht dienstrechtlich nicht der Behörde, bei der er tätig ist, sondern der Civil Service Commission; von ihr erhält er auch sein Gehalt; er kann nur aus wichtigem Grund (only for good cause) entlassen werden (sec. 11); es ist ihm verboten, ohne Benachrichtigung der Parteien die am Ermittlungsverfahren beteiligt gewesenen Beamten zu konsultieren; er ist solchen Beamten gegenüber auch in keiner Weise verantwortlich (sec. 5-c). Es dürfen ihm keine Aufgaben zugewiesen werden, die mit seiner relativ unabhängigen Stellung und Tätigkeit unvereinbar sind (sec. 11). Er hat das Recht, Eide und eidesstattliche Versicherungen abzunehmen, im Rahmen der betreffenden Gesetze Zeugenaussagen sowie die Vorlage von sonstigen Beweismitteln zu erzwingen und alle notwendigen prozeßleitenden Entscheidungen zu treffen. Schließlich hat er die Entscheidung zu fällen (initial decision) oder aber eine solche zu entwerfen und dem entscheidenden Gremium zur Annahme zu empfehlen (recommended decision) (sec. 7-b). Alle erheblichen Vorgänge, Zeugenaussagen, Urkunden und Anlagen sind in die Akten aufzunehmen und den Parteien zugänglich zu machen (sec. 7-d). Nur sie stellen das Aktenstück dar (exclusive record), auf das allein die Entscheidung sowie die Tatsachenfeststellung und die Begründung beruhen dürfen (sec. 7-c,d; sec. 8-b).

⁴⁶⁾ z.B. erfordert due process u.U. die Möglichkeit, seine Ansicht über Rechtsfragen auch mündlich vortragen zu können, vgl. FCC v. W.J.R., 337 US 265 (1949); Londoner v. Denver, 210 US 373 (1908)

Auf diese Weise ist die Stellung des examiners der eines Richters angenähert. Er hat einen gewissen Abstand vom Fall, da er in die Voruntersuchung nicht verwickelt ist. Gleichwohl kann er sich den gesamten Erfahrungsschatz der Behörde durch Hinzuziehung von Fachleuten und anderen examiners zunutze machen, solange sie nur nicht zugleich auch in dem gerade anstehenden Fall tätig gewesen sind⁴⁷⁾. Er hat die Pflicht, seine initial oder recommended decision lediglich aufgrund des records abzufassen, ist also an keine Weisung gebunden⁴⁸⁾.

Die Probleme des bias und der institutional decision haben also durch den APA eine Regelung dahingehend erfahren, daß entweder der relativ unabhängige examiner, der der Beweisaufnahme und den Prädoyers beigewohnt hat, entscheidet oder aber eine referierende und bereits beurteilende Vorentscheidung entwirft, die er dem letztlich entscheidenden Gremium vorlegt. Diese empfehlende Entscheidung ist den Parteien zugänglich und durch Eingaben angreifbar. Auch in diesem Stadium des Verwaltungsverfahrens ist es daher dem Betroffenen möglich, auf die Meinungs- und Entscheidungsbildung der Behörde einzuwirken.

Dem im kontinental-europäischen Rechtssystem Geschulten fällt auf, daß der amerikanische Jurist außerordentlich viel Mühe auf die Fragen des Verfahrens vor den Verwaltungsbehörden verwendet und daß hier bestimmte Maximen in anderer Weise als im europäischen Recht im Vordergrund stehen, wie die Verbindung von judge and prosecutor, right to be heard, die etwa im deutschen oder französischen Rechtssystem nur wenige unter vielen Verfahrensgrundsätzen darstellen. Es wird deutlich, daß die systematische Grundfrage einer Unterscheidung zwischen Sach- oder Zweckmäßigkeitsbeurteilung und Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns im amerikanischen Recht zurücktritt. Sicherlich ist einer der Gründe die bei den Amerikanern in weit größerem Maße ausgeprägte Überzeugung, daß eines der wirksamsten Mittel zum Schutze

⁴⁷⁾ Davis, Adm.L., S. 130, S. 414 - 416

⁴⁸⁾ im deutschen Recht ist dies innerhalb der Verwaltung die Ausnahme, vgl. z.B. die Spruchstellen im Flurbereinigungsverfahren, § 141 Flurbereinigungsgesetz; im einzelnen siehe Steuer, Flurbereinigungsgesetz, § 141, Anm. 2 a, S. 345 und Anm. 12, S. 348 sowie Seehusen, Flurbereinigungsgesetz, § 141, Anm. 1, S. 187 und Anm. 3, S. 189

der Freiheitsrechte bereits in dem Ausbau eines geordneten Verfahrens liegt. Ein weiterer Grund für die umfangreichen Kontrollen schon im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden ist zweifellos die Abneigung, diesen Schutz vor den Gerichten zu suchen, wenn ihn schon die Behörden nicht gewähren wollen. Denn "die gerichtliche Überprüfung einer schlechten Verwaltungsentscheidung ist ein magerer Ersatz für eine von Anfang an gute Entscheidung"⁴⁹⁾.

b. Die Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten

"Legislatures are generally more concerned with law enforcement than with (judicial or some other) relief." 1)

Die Geschichte des amerikanischen Verwaltungsrechts ist zu einem wesentlichen Teil die Geschichte der Rechtsmittel gegen widerrechtliche Verwaltungsakte. Wohl gab es hin und wieder die Möglichkeit, innerhalb der Verwaltung selbst Einspruch und Beschwerde einzulegen (rehearing, administrative appeal), jedoch sehen längst nicht alle Gesetze eine solche Möglichkeit vor, und ein Recht des Betroffenen darauf, daß die Behörde mangels eines entsprechenden Gesetzes den Fall noch einmal überprüft bzw. daß die vorgesetzte Behörde innerhalb der Verwaltungshierarchie dies tut²⁾, wird nicht anerkannt³⁾. Als letzter Ausweg gegen ungesetzliches Handeln der Verwaltung bleibt daher die Anrufung der Gerichte.

aa. Unanfechtbare Verwaltungsakte

Es kommt heute nur noch selten vor, daß ein Gericht mit der Frage befaßt wird, ob due process irgend eine Form von gerichtlicher Überprüfung (judicial review) verlangt⁴⁾. Die meisten Gesetze sehen heute ausdrücklich eine gewisse Art von review vor. Für den Fall, daß das betreffende Gesetz keine solche Bestimmung aufweist,

49) Gellhorn, Adm. Proceedings, S. 43

1) Freund, Adm. Powers, S. 227

2) soweit eine solche überhaupt besteht, vgl. Beispiele bei Freund, Adm. Powers, S. 273; ferner Jaffe, Right to Judicial Review, S. 403

3) Freund, Adm. Powers, S. 271; due process verlangt nicht die Gewährung eines rehearings: Pittsburgh, C.C.St.L.Ry. v. Backus, 154 US 421 (1894); weitere Nachweise bei Corwin, Constitution, S. 1139 f

4) vgl. z.B. note in 33 Chicago-Kent L.Rev. 99

greift wenigstens auf Bundesebene bereits die Generalklausel des APA (sec. 10) ein⁵⁾. Soweit keine Gesetze über das Verwaltungsverfahren bestehen⁶⁾, besteht die Möglichkeit, mit den sonst gebräuchlichen Klagearten aus Zivil- und Strafprozeß zumindest nachträglich das Handeln der Verwaltung anzugreifen.

Es finden sich Äußerungen, daß due process auf jeden Fall die Möglichkeit eines judicial review umfasse. So heißt es z.B. in *Hunter v. Zenith Dredge Co.*:

"Due process requires ... the right of appeal from or review of a decision regarded ... as unjust." 7a)

oder man liest:

"The supremacy of law demands that there shall be opportunity to have some court decide whether an erroneous rule of law was applied." 7b)

Doch entsprechen diese Äußerungen nicht der überwiegenden Praxis. Bereits der APA läßt erkennen, daß due process nicht das Recht gewährt, die Gerichte auf jeden Fall um Schutz anzurufen. Denn er schließt ausdrücklich alle die Fälle von den Bestimmungen über den judicial review aus, in denen besondere gesetzliche Vorschriften eine Klage vor Gericht ausdrücklich verbieten. Mit anderen Worten: Der Ausschluß von judicial review widerspricht nicht der Verfassungsbestimmung über den due process⁸⁾.

In der Tat gibt es zahlreiche Fälle, in denen keine Möglichkeit besteht, das Handeln der Verwaltung gerichtlich nachprüfen zu lassen. Die bekanntesten Beispiele sind die aus dem Gebiet der Kriegsopferversorgung und der vertraglichen Beziehungen mit der Regierung. Denn es ist nach hergebrachter amerikanischer Rechtsauffassung ein Privileg^{9a)}, von der Regierung eine Rente oder eine Anstellung zu erhalten bzw. einen Vertrag mit ihr abzuschließen zu können^{9b)}. Es steht daher im Belieben der Regierung,

5) beachte jedoch die Ausnahme: "Except so far as (1) statutes preclude judicial review ...", sec.10, introduction APA; ferner sind ausgenommen sog. politische Akte und Handlungen des Präsidenten, insbes. die außenpolitischen, vgl.z.B. *Auburtin*, *Auswärtige Gewalt*, S. 88

6) wie in den meisten Einzelstaaten

7a) 19 *W2d* 795 (1945)

7b) so das viel zitierte obiter dictum in der concurring opinion von Justice Brandeis in *St.Joseph Stockyards Co.v. US*, 298 *US* 38 (1935)

8) Nachweise im einzelnen insbes. bei *Corwin*, *Constitution*, S. 1139 f; *Davis*, *Adm.L.*, S. 864, Anm. 281

9a) hierzu vgl. bereits oben S. 100 ff

9b) vgl. z.B. *Schwartz*, *Adm.L.*, S. 166 f

judicial review in solchen Fällen auszuschließen. - Aber auch in anderen Fällen lehnte das Gericht jede Nachprüfung mit dem Hinweis ab, daß nach der Auslegung des Gesetzes¹⁰⁾ oder aber nach seinem ausdrücklichen Wortlaut die Entscheidung der Verwaltungsbehörde endgültig und bindend (final and conclusive) sei¹¹⁾.

Dieser Gedanke erscheint mit der Idee eines Rechtsstaates unvereinbar, weil auf diese Weise der einzelne schutzlos den bewußt oder unbewußt gesetzwidrigen Entscheidungen der Exekutive überantwortet wird. Es ist daher auch nicht verwunderlich, wenn sich ganze Reihen von Fällen finden¹²⁾, in denen die Gerichte gesetzliche Bestimmungen über den Ausschluß des Rechtsweges entweder auf irgend eine Weise umgehen oder ignorieren, um im Einzelfalle eine behördliche Entscheidung überprüfen zu können.

Ein Beispiel so gut wie jedes andere ist das in *Reynolds v. US*¹³⁾. Dort räumte der Supreme Court zwar ein, daß der Rechtsweg vor den Gerichten in Fragen der Kriegsopferversorgung ausgeschlossen sei, jedoch nicht in diesem betreffenden Falle, der von der Behörde ganz offensichtlich willkürlich und ohne jede tatsächliche Grundlage falsch entschieden sei.

Ein ähnlicher Fall ist *Estep v. US*¹⁴⁾. Dort bestimmte der Selective Service Act, daß Einberufungen zur Wehrmacht und die damit zusammenhängenden Entscheidungen des local draft boards endgültig sein sollten. Der Supreme Court meinte, er könne nicht glauben, daß "final" nach der Absicht des Kongresses "endgültig" bedeuten solle, wenn es sich, wie hier, darum handele, einen Menschen aufgrund offensichtlich widerrechtlicher Entscheidung des boards ins Gefängnis zu schicken, ohne ihm die Möglichkeit einer vorherigen gerichtlichen Überprüfung zu bieten.

Ein ähnlicher Kunstgriff besteht darin, das Wort "final" in dem Sinne auszulegen, daß es lediglich die Bedeutung "final within the administrative hierarchy" oder "final within the agency",

10) z.B. *Switchmen's Union v. National Mediation Board*, 320 US 297 (1943) bzgl. der amtlichen Anerkennung einer Gewerkschaft als zugelassener Partner in Tarifverhandlungen

11) z.B. *Henrietta First Moon v. Starling White Tail*, 270 US 243 (1926) bzgl. einer Entscheidung des Secretary of the Interior in Angelegenheiten der Indianerverwaltung

12) vgl. Davis, *Adm.L.*, ch. 19, S. 821 - 867

13) 292 US 443 (1934)

14) 327 US 114 (1946)

"final in the administrative procedure" hat, eine anschließende Überprüfung durch das Gericht daher nicht ausgeschlossen ist¹⁵⁾.

Der Kongreß hat sich daher, gewitzigt durch diese und ähnliche Entscheidungen, nicht mehr damit begnügt, in das Gesetz zu schreiben, daß die Entscheidungen der Behörde "final and conclusive" seien. Er fügte vielmehr des öfteren ausdrücklich hinzu "... and no other official or any court of the United States shall have power or jurisdiction to review any such decisions"¹⁶⁾. Gleichwohl zogen sich auch jetzt - angesichts dieser eindeutigen Sprache - die Gerichte nicht grollend zurück, sondern hielten in gegebenen Fällen eine gerichtliche Überprüfung für möglich¹⁷⁾, so z.B. dann, wenn die Handlung der Behörde nicht unter deren Zuständigkeit fiel oder gegen vorgeschriebene Verfahrensregeln grob verstieß¹⁸⁾.

Eine gewisse, wenn auch nur schwer als Regel erkennbare Tendenz besteht, aus verfassungsmäßigen Erwägungen heraus unter besonderen Umständen den Rechtsweg vor den Gerichten zuzulassen, nämlich dann, wenn es um als ganz besonders schutzwürdig angesehene Interessen geht, vornehmlich um die Freiheit der Person¹⁹⁾. In einem solchen Falle, so lautet die Begründung, erfordere schon das V.amendment ein Gerichtsverfahren²⁰⁾.

Es fragt sich allerdings, welches die Kriterien dafür sind, ob das Gericht sich des Falles annehmen oder jede Überprüfung der Verwaltungsentscheidung ablehnen wird. Hier stößt man erneut auf eine Eigenart des amerikanischen Rechtslebens, die dem Fremden besonders auffällt, auf die Neigung, dogmatische Entscheidungen, sorgfältige Interpretationen von Gesetzestexten und Gesetzesmotiven zurückzustellen, wenn es darum geht, im konkreten Fall schweres Unrecht zu verhüten. Dann wird aus reinen Zweckmäßigkeitsüberlegungen heraus geurteilt, und die Begründung richtet sich pragmatisch am Ergebnis aus²¹⁾.

15) vgl. z.B. Jaffe, Right to Judicial Review, S.770; Shaughnessy v. Pedreiro, 349 US 48 (1955)

16) z.B. 54 Stat.1197 (1940), 38 U.S.C. § 11-a-2 (1946) bzgl.Veteran's Benefits; 55 Stat.26 bzgl.Excess Profit Tax:determinations of the Board of Tax Appeals "shall not be reviewed ... by any court ..."

17) Siegel v. US, 87 F.Supp. 555 (1949)

18) Kaufman Construction Co.v.Holcomb, 55 A2d 534 (1947)

19) vgl. Davis, Adm.L.,§ 242, insbes.S. 856,864 sowie S. 867

20) Ng Fung Ho v.White, 259 US 276 (1922)

21) vgl. bereits oben bzgl. Verordnungen, S. 91 f

Das bedeutet nicht, daß die amerikanischen Gerichte zu keiner rechtstechnisch einwandfreien Arbeitsweise fähig wären. Normalerweise folgen Rechtsfindung und Begründung der Entscheidungen den empirisch eingefahrenen, die Rechtssicherheit gewährleistenden Bahnen. Wohl aber hat man den Eindruck, als wenn zuweilen eine Art Explosion in Form eines Überraschenden, die bisherige Praxis der Zurückhaltung vor neuartigen Entscheidungen umwerfenden Urteils erfolgt sei. Man könnte dies als Sicherheitsventil bezeichnen, das sich immer dann öffnet, wenn den Gerichten durch einengende Gesetze oder Präjudizien die Möglichkeit beschnitten ist, Hüter der Freiheitsrechte zu sein und zu bleiben.

So hat man im Falle Reynolds v. US²²⁾ den Eindruck, als ob der Supreme Court die offensichtliche Gesetzeswidrigkeit nicht dulden wollte, mit der durch die Entscheidung des directors of the Veteran's Bureau dem Kläger die ihm nach Ansicht des Gerichts ganz klar zustehende Begünstigung verweigert werden sollte. Im Falle Estep v. US²³⁾ hielt er es für widersinnig, daß ein Mann, nachdem der Krieg gewonnen war, wegen Kriegsdienstverweigerung eine Gefängnisstrafe verbüßen sollte, ohne vorher²⁴⁾ noch die Möglichkeit zu besitzen, ein Gericht anzurufen.

Im allgemeinen treten diese wahrhaft hintergründigen Überlegungen nicht offen zutage und suchen sich einen Ausweg in juristisch klingenden Gründen wie "Sinn des Gesetzes", "Berücksichtigung besonderer Umstände", "inherent review power under the constitution" usw.²⁵⁾, sowie in diffizilen Unterscheidungen gegenüber Präjudizien. In solchen Fällen ist es schwer, die wirkliche Entscheidungsmotivierung herauszufinden, die auch für spätere Fälle maßgeblich sein wird²⁶⁾. Die eigentliche ratio decidendi, gesäubert von juristisch klingenden Verbrämungen, liegt in dem, was der Court of Appeals for the District Court of Columbia in gänzlich unorthodoxer Freimütigkeit einmal gesagt hat:

22) s.o. S. 114, Anm. 13

23) s.o. S. 114, Anm. 14

24) habeas corpus ist erst möglich nach Eintritt des Freiheitsentzuges

25) vgl. Schwartz, Adm.L., S. 163, in der Besprechung von Stark v. Wickard, 321 US 288 (1944)

26) für solche verkleideten Entscheidungen in den erwähnten Grenzfällen gilt der bekannte Satz: bad cases make bad law; "... the results make much more sense than do the doctrines", Pennock, Administration and the Rule of Law, S. 207

"When a person affected concretely, substantially, and irriparably by administrative action, complains that the action is in direct violation of a statutory prohibition, the courts have the power ... to enjoin the action." 27)

Es wäre falsch, daraus nun den verallgemeinernden Schluß zu ziehen, daß die Gerichte stets geneigt sind oder daß es ihnen stets gelänge, ein durch die Verwaltung angerichtetes Unheil zu korrigieren. Schon um der Rechtssicherheit willen legen sich die Gerichte häufig eine Zurückhaltung auf, die im Einzelfall eine große Härte für den Betroffenen bedeuten kann. Wichtig ist jedoch festzuhalten, daß die Gerichte grundsätzlich nicht geneigt sind, sich aus ihrer Rolle als Beschützer der unveräußerlichen Menschenrechte verdrängen zu lassen; ihr Eingreifen ist stets latent.

bb. Form und Umfang der Anfechtung

"Just as the pick and shovel is no longer suitable for the winning of coal, so also the procedure of mandamus, certiorari ... for the winning of freedom in the new age." 1)

Eine der größten Schwierigkeiten, denen sich das wachsende Verwaltungsrecht gegenüber sah, war die Notwendigkeit, das Verfahren vor den Gerichten in Form und Inhalt den Eigenarten der neuen Materie anzupassen. Das oft harte Ringen um neue Methoden des Rechtsschutzes zeigt²⁾, wie schwer es im einzelnen war, für die Anfechtung³⁾ eines Verwaltungsaktes die richtige Klageform vor Gericht zu finden.

Es war naheliegend, daß man anfänglich auf die bewährten Klagearten aus common law und equity zurückgriff. Zunächst versuchte man es allgemein mit Schadenersatzklagen gegen den rechtswidrig handelnden Beamten⁴⁾. Auch war ein habeas corpus Verfahren gegen widerrechtliche Verhaftungen zulässig, aber nur dann, wenn der Betroffene bereits hinter Schloß und Riegel saß. Eine andere Möglichkeit bestand darin, sich der Durchführung des Verwaltungsaktes zu wider-

27) Fleming v. Moberly Milk Products Co., 160 F2d 259 (1947); vgl. auch Harmon v. Brucker, 355 US 579 (1958), besprochen in Schwartz, Adm.L. 1958, S. 102 ff

1) Denning, Freedom under the Law, S. 126

2) vgl. z.B. Davis, Judicial Review of Adm.Action

3) im allgemeineren und nicht im technischen Sinne des deutschen Verwaltungsrechts gemeint

4) eine Klage gegen den Staat ist nur ausnahmsweise zugelassen, nur, soweit es besondere Gesetze gestatten

setzen. Die Behörden hatten nämlich - besonders im Anfang - sehr häufig nicht die selbständige Befugnis, ihre Verwaltungsakte durch Auferlegung von Bußen und Strafen zu erzwingen, sondern mußte die Gerichte um Anwendung dieser und ähnlicher Zwangsmittel angehen (enforcement proceeding). Anlässlich dieses Verfahrens vor den Gerichten war dem Staatsbürger dann eine gewisse Möglichkeit geboten, sich zu wehren. Dieses Mittel war jedoch von vornherein nicht gegeben, wenn der Verwaltungsakt von selbst wirksam war, z.B. bei der Ablehnung der Erteilung einer Genehmigung.

Eine weitere Handhabe bot der writ of certiorari, in welchem dem unteren Tribunal die Übersendung der Akten an das höhere Gericht zweck Überprüfung befohlen wird. Jedoch wurde auf Bundesebene seine Anwendung schon frühzeitig zunichte gemacht, da der Supreme Court die Auffassung vertrat, dieser writ könne nur von einem Gericht an ein untergeordnetes Gericht, nicht aber an eine Behörde erlassen werden, weil diese keine gerichtlichen Funktionen ausübe⁵⁾. Hier ist der Einfluß der Gewaltentrennungslehre unverkennbar.

Der writ of mandamus wurde als ein Mittel angesehen, die Behörde insbesondere zu einem bestimmten Tun zu zwingen, z.B. eine Genehmigung zu erteilen oder das Ermessen pflichtgemäß auszuüben. Injunction, prohibition oder prohibitory mandamus waren Titel, die ein bestimmtes Handeln untersagten. Dies waren jedoch alles Formen des Rechtsmittelverfahrens, die zwar im Zivilrecht leicht zu handhaben waren. Den Besonderheiten des Verwaltungsrechts waren sie dagegen nur schwer anzupassen. Die gegenseitige Abgrenzung aller dieser Rechtsmittel voneinander stieß infolgedessen auf besondere Schwierigkeiten. Die Notwendigkeit bestimmter besonderer Voraussetzungen, z.B. eines "nicht wieder gut zu machenden Schadens" oder des "Fehlens eines anderen Rechtsmittels nach common law" und ähnliche andere prozessuale Feinheiten des Unterschieds zwangen den Anwalt dazu, seine ganze forensische Kunst aufzubieten, um die richtige Klageform zu wählen, damit die Klage nicht von vornherein als unzulässig abgewiesen wurde⁶⁾. Da aber die Unter-

5) Degge v. Hitchcock, 229 US 162 (1913); ähnlich die Gerichte in California: Standard Oil Co. v. State Board of Equalization, 59 P2d 119 (1936)

6) zu diesen Schwierigkeiten vgl. Sullivan, Judicial Review, S. 314; Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 323 ff, insbes. S. 323 f, 355 f, 370 ff, 383; 399, Schwartz, Adm.L., S. 176 ff

schiede und die Kriterien hinsichtlich der einzelnen Klagearten sich mit den üblichen empirischen Methoden nicht immer eindeutig aus der Unmenge der Entscheidungen ableiten lassen und sich vielfach sogar widersprechen, war die Wahl des richtigen Prozedierens oft ein bloßer Glücksfall. Zahlreiche Klagen wurden allein aus prozeßrechtlichen Gründen abgewiesen, ohne daß in der Sache selbst (on the merits) eine Entscheidung erging⁷⁾. Damit war aber weder dem einzelnen, noch der Behörde, noch dem Staatsbürger oder dem Ansehen des Verwaltungsrechts gedient. Bei solchen Verhältnissen wird die allgemeine Abneigung gegenüber diesem neuen Rechtsgebiet erneut verständlich⁸⁾.

Davis veranlaßte dieser Zustand zu der bissigen Bemerkung, daß ein Denksystem, welches auf scharfsinnige Weise für den teuflichen Zweck geplant sei, Gerechtigkeit zu vereiteln und nutzlose Streitereien zu vermehren, gerade und genau diese besonderen soeben beschriebenen Eigenarten eines Rechtsmittelverfahrens kopieren würde⁹⁾.

Die Einsicht, daß das Prozeßrecht nur Mittel zum Zweck ist, nämlich eine gerechte Entscheidung in der Sache selbst herbeizuführen, hat sich schließlich im APA und in den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder sowie in den darauf beruhenden Praktiken durchgesetzt. Danach ist es weitgehend "unwichtig, ob das Verfahren certiorari genannt oder ihm irgend ein anderer lateinischer oder englischer Name gegeben wird"¹⁰⁾. Die Zulassung jeder passenden und sachgerechten (applicable)¹¹⁾ Klageform, eventuell in der Gestalt der Eventualanträge, läßt unnütze Streitereien überflüssig werden und dient damit der Entscheidung in der Sache selbst.

Darum ist heute nicht mehr das "ob überhaupt" und das "wie" einer Klage die wesentliche Frage, sondern das "wie weit", nämlich die Frage, in welchem Umfange die Gerichte Akte der Verwaltung überprüfen. Hierin liegen die interessantesten Einsichten und

7) vgl. auch Mills, Illinois Adm. Rev. Act, insbes. S. 7; Dodd, Illinois Adm. Procedure, S. 187

8) vgl. bereits oben S. 41 ff

9) Davis, Judicial Review of Adm. Action, S. 565

10) so bereits Dinsmore v. Mayor of Manchester, 81 A 533 (1911)

11) APA sec. 10-b

Praktiken hinsichtlich des notwendigen und ausreichenden Umfangs eines Schutzes für den Staatsbürger vor einer mächtigen, spezialisierten, vorsorgenden, verteilenden, gewährenden, verbotenden, regulierenden Verwaltung. Im Zusammenhang damit steht das Problem des Ausmaßes der gegenseitigen checks and balances der Gewalten untereinander, im Grunde also die Frage nach einer gerechten und doch gleichzeitig sachgemäßen Funktionsteilung zwischen Legislative, Exekutive und Judikative.

Für den Juristen aus dem Rechtskreis des civil law ist das hervorstechendste Prinzip, das den Umfang der gerichtlichen Nachprüfung (scope of review) bestimmt, die Regel, daß zwar alle Rechtsfragen vom Gericht überprüft werden, Tatfragen dagegen jedoch nur daraufhin, ob sie von substantial evidence¹²⁾ getragen werden.

Das bedeutet, um die deutschen rechtstechnischen Ausdrücke zu benutzen, daß die Gerichte in der Kontrolle der Verwaltungsakte nicht einfach wie eine Revisionsinstanz fungieren¹³⁾; denn die Bewertung, Würdigung und Beurteilung des Tatsachenmaterials geht in Amerika in der Regel weiter als nach deutschem Revisionsrecht. Gleichwohl sind die Gerichte auch nicht einer Berufungsinstanz vergleichbar, denn es werden keine neuen Beweise erhoben.

Wie das im einzelnen zu verstehen ist, mögen zunächst methodische Darlegungen der Verfahrenspraxis und später einige Beispiele deutlicher werden lassen.

Zunächst ist festzustellen, daß kein strenger, voller Beweis (Urkunden-, Zeugenbeweis oder sonstiger zugelassener Beweis) notwendig ist, wie dies etwa zur Verurteilung eines Angeklagten im Strafverfahren erforderlich ist. Es genügt, wie es heißt, daß der Beweis überzeugend wirkt¹⁴⁾. Ein vernünftiger Mensch muß ihn als ausreichend ansehen können¹⁵⁾. Negativ ausgedrückt: Das Gericht darf erst dann die von der Behörde getroffenen Tatsachenfeststellungen ablehnen, wenn es nach gewissenhafter Überprüfung nicht

12) etwa annähernd mit "ausreichender, genügender Beweiskraft" zu übersetzen, vgl. bereits oben, S. 35, Anm. 20; Consolidated Edison Co. v. NLRB, 305 US 197 (1938): "... such relevant evidence as a reasonable mind might accept as adequate to support a conclusion"

13) §§ 286, 549 ZPO

14) "convincing, not lawyers' evidence which is required" International Association of Machinists v. NLRB, 110 F2d 29 (1939), affirmed, 311 US 72 (1940)

15) vgl. Consolidated Edison Co., Anm. 12

umhin kann zu erkennen, daß die Feststellungen "unfair" sind, wie es einmal ausgedrückt worden ist¹⁶⁾.

Gemeint ist folgendes: Das Gericht ist nicht befugt, seine Ansicht über den Beweiswert oder -unwert des gesamten Aktenvorganges an die Stelle der Würdigung durch die Behörde zu setzen. Es ist durchaus möglich, daß das Gericht, hätte es anstelle der Behörde gehandelt, vernünftigerweise zu einer anderen Auffassung gekommen wäre. Das schließt aber nicht aus, daß gleichwohl ein vernünftiger Mensch auch ebenso gut zu dem Ergebnis hätte kommen können, zu dem sich die Behörde durchgerungen hat¹⁷⁾. Lediglich dann sind die Feststellungen der Behörde unbeachtlich, wenn sie gänzlich auf Vermutungen beruhen¹⁸⁾ oder wenn lediglich eine einzige vernünftige Schlußfolgerung möglich ist, und wenn dies diejenige ist, welche die Behörde gerade nicht gezogen hat.

In der Anwendung auf den einzelnen Fall werden die Regeln oft problematisch. Das zeigt die Art und Weise, in der die Gerichte diese Formeln angewendet haben.

In *McCormack v. National City Bank of New York*¹⁹⁾ hatte ein Fahrstuhlführer einem Techniker bei der Reparatur des Fahrstuhls geholfen. Der Techniker verließ den Arbeitsplatz für eine Weile, den Fahrstuhlführer auf dem Flur neben dem Fahrstuhl zurücklassend. Als er nach wenigen Minuten zurückkam, fand er den Fahrstuhlführer an derselben Stelle, an welcher er ihn verlassen hatte, bewußtlos am Boden liegend vor. Es bestanden keinerlei Anzeichen, daß der Kranke in der Zwischenzeit irgend etwas unternommen, den Fahrstuhl betrieben oder etwas ähnliches getan hätte. Der Fahrstuhlführer starb nach zwei Wochen an den Folgen eines Gehirnschlages²⁰⁾.

16) "... if he cannot conscientiously escape the conclusion that the finding is unfair", Jaffe, *Substantial Evidence*, S. 1239

17) "Even when a court upon a consideration of all the evidence might reach a different conclusion, it may not substitute its own for the administrative judgement," *Ellers v. Railroad Retirement Board*, 132 F2d 636 (1943)

18) "wholly upon conjecture", *McCormack v. National City Bank of NY*, 99 NE2d 887 (1951): "substantial evidence is more than a mere scintilla," *Consolidated Edison Co.*, vgl. Anm. 12; "mere rumor will (not) serve to 'support' a finding", *NLRB v. Remington Rand, Inc.* 94 F2d 862 (1938)

19) 99 NE2d 887 (1951)

20) "cerebral hemorrhage caused by the rupture of a preexisting aneurism, situated at the base of the brain", dortselbst

Das workmen's compensation board gewährte den Hinterbliebenen eine Rente mit der Tatsachenfeststellung, daß der Verstorbene an einem Berufsunfall verschieden sei. Das Gericht hob diese Feststellung mit der Begründung auf, daß hier nicht die geringsten Anhaltspunkte für das Bestehen eines Berufsunfalles vorgelegen hätten.

Diese Auffassung des Gerichts vom Sachverhalt mag mit den dargestellten Beweisregeln übereinstimmen. Zweifel an der folgerichtigen Beobachtung dieser Regel können dagegen im offenbar gegenteilig entschiedenen Fall Milwaukee Western Fuel Co. v. Industrial Commission²¹⁾ auftreten. Danach ertrank ein Arbeiter in einem Fluß, an den der Arbeitsplatz grenzte. Es bestanden keinerlei Anhaltspunkte dafür, warum und auf welche Weise der Verstorbene ins Wasser gelangt sein könnte. Gleichwohl billigte das Gericht die Feststellung der Behörde, daß es sich um einen Arbeitsunfall gehandelt habe.

In Matter of Green v. Geiger²²⁾ schließlich hatte ein Lastwagenfahrer vergeblich versucht, den stehen gebliebenen Motor seines Fahrzeuges wieder anzukurbeln. Als ihm dies nicht gelang, ging er zu einem nahe gelegenen Telefonhäuschen, um Hilfe anzufordern, brach aber auf dem Wege dorthin zusammen und starb kurz darauf an einem Herzinfarkt. Der herbeigezogene Arzt sagte aus, er könne nicht feststellen, ob der Verstorbene aufgrund seiner vorherigen Anstrengung beim Ankurbeln des Motors zusammengebrochen sei, da dieser Herzinfarkt ebenso gut bei einem ruhig stehenden Menschen vorkommen könne.

Das workmen's compensation board stellte daraufhin fest, daß ein Arbeitsunfall nicht festgestellt werden könne und verweigerte die Gewährung einer Rente. Das Gericht verwies in einer wortreichen Entscheidung, mit der es ausdrückte, daß man auch ganz gut zu einem anderen Schluß hätte kommen können, die Sache an das board zurück. Dabei bemerkte das Gericht, es sage nicht, das board müsse sich nun der Meinung des Gerichts anschließen, daß doch ein Arbeitsunfall vorliege. Das Ergebnis war jedoch, daß nunmehr auch die Behörde einen Arbeitsunfall annahm und die Rente gewährte. Diese Entscheidung wurde später vom Gericht aufrecht erhalten²³⁾.

21) 150 NW 998 (1915)

22) 3 NYS 2d 269 (1938)

23) vgl. Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 439

Diese nur als Beispiele aufgezählten Fälle ließen sich vermehren. Sie lassen die Vermutung zu, daß das Gericht die Formel vom substantial evidence nicht nur in Selbstentscheidung anwendet, sondern sie - auch - als Mittel benutzt, um ihm sachlich falsch oder menschlich unhaltbar erscheinende Urteile möglichst zu korrigieren.

Wie weit diese Vermutung berechtigt ist, soll im Zusammenhang mit einem anderen Punkt geprüft werden, dessen Erörterung sich sofort anfügt.

Die Gerichte sind nämlich nicht dabei stehen geblieben, mangels besonderer Umstände die Tatsachenfeststellungen der Behörden als bindend zu erachten. Sie halten sich auch an Feststellungen gebunden, die keine Tatsachen betreffen.

Ursache hierfür ist die Schwierigkeit zu bestimmen, ob es sich um eine Tatfrage oder um eine Rechtsfrage handelt. Dies war insbesondere im Zusammenhang mit solchen gesetzlichen Bestimmungen der Fall, die nach Ansicht zahlreicher Juristen in ihrem Kern sowohl eine Tatsachenfeststellung voraussetzten als auch eine rechtliche Wertung erforderten^{24a)}. Die Gerichte und die Rechtswissenschaft bezeichneten sie vielfach als sogenannte "mixed questions of fact and law"^{24b)}. Die Tendenz ging dahin, diese mixed questions wie Tatfragen zu behandeln und sie dadurch der Nachprüfung durch die Gerichte zu entziehen.

Als Beispiel diene der Fall *Pennsylvania Co. v. US*²⁵⁾. Dort war die Entscheidung des Gerichts von der Frage abhängig, ob das Verhalten einer bestimmten Transportgesellschaft das Gewähren einer "undue or unreasonable preference or advantage in favor of any person, firm..." usw. bedeutete. Das Gericht stellte fest, dies sei keine Rechts-, sondern eine "Tat"-frage. Es zog daraus die Folgerung, daß mangels entgegenstehender "Beweise" der Bescheid der ICC nicht aufgehoben werden könne; diese hatte nämlich entschieden, daß die Transportgesellschaft tatsächlich (!) einen unangemessenen Vorteil gewährt habe.

24a) z.B. unfair method of competition; negligible; detrimental for the public health; contrary to public interest; dangerous; member of the crew; interurban railway; due to a labor dispute; - die Verwandschaft mit den unbestimmten Rechtsbegriffen des deutschen Verwaltungsrechts klingt an.

24b) vgl. Gellhorn & Byse, Adm.L., S.510 ff; Schwartz, Adm.L., S. 193 ff

25) 236 US 351 (1915)

Die hier angewandte Logik muß in ihrer Schlüssigkeit bezweifelt werden, mag das Gericht sich noch so entschieden ihrer bedient haben. Denn es besteht logisch kein Zweifel, daß "unangemessener Vorteil" im betreffenden Fall keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage war. Das wird besonders klar, wenn man hinzufügt, daß über das Verhalten der Transportgesellschaft als solches gar kein Streit bestand; man wußte, welche Leistungen sie in diesem Falle und in anderen Vergleichsfällen erbracht und welche Gebühren sie dafür berechnet hatte. Fraglich war lediglich, ob diese unbestrittenen Tatsachen im von der ICC beanstandeten Falle das Gewähren eines unangemessenen Vorteils darstellten. Das Gericht hatte dies einen "fact" genannt, obwohl dies zweifellos keine Tatsache ist. Ähnlich unscharf äußern sich spätere Entscheidungen²⁶⁾.

Vielleicht sah man in der Folgezeit ein, daß diese Unterscheidung zwischen Tatsachen und Rechtsfragen nicht immer so ganz überzeugend wirkte. Man ging deshalb dazu über, nicht so sehr auf "fact" und "law" abzustellen, sondern darauf, ob die Beurteilung der Behörde eine vernünftige Grundlage in den von ihr durchgeführten Ermittlungen und Überlegungen fand. Dabei wurden zwar angeblich weiterhin Schlußfolgerungen von Tatsachen auf weitere Tatsachen gezogen, darüber hinaus aber auch gefolgert, daß "somit" ein unfairer Wettbewerb, ein Arbeitsverhältnis, eine Gefährdung des Wertpapiermarktes usw. vorlägen. Das drückte sich dann in Redewendungen aus wie z.B.:

"administrative judgements are entitled to the greatest amount of weight" 27),

"reasonable basis in custom, practice, or legislative history" 28) oder

"warrant in the record and a reasonable basis in law".²⁹⁾

-
- 26) *Manufactures Ry. v. US*, 246 US 457 (1918), wo es ebenfalls um "undue or unreasonable or unjust preference or advantage or discrimination" ging; besonders auffällig ist *O'Leary v. Brown-Pacific-Maxon*, 340 US 540 (1951): Ein Arbeiter wartete auf einen Bus, der ihn von einem Erholungsgebiet zurückholen sollte, das von seinem Arbeitgeber für seine Betriebsangehörigen betreut wurde. Auf die Hilferufe eines Ertrinkenden in einem mit Warningschildern als gefährlich und verboten gekennzeichneten Flusse sprang er zur Rettung ins Wasser und ertrank. - Als Tatsache wurde festgestellt, daß der Verstorbene im Zusammenhang mit seinem Arbeitsverhältnis gestorben sei.
- 27) *SEC v. Chenery Corporation*, 332 US 194 (1947). Dort ging es um die Bestimmung "fair and equitable to the persons affected" im Falle der Umorganisation einer Holding-Gesellschaft
- 28) *NLRB v. Highland Park Mfg. Co.* 341 US 322 (1951), Justice Frankfurter, dissenting opinion, über die Frage, ob eine Gewerkschaft "national" i.S. des betr. Gesetzes war
- 29) *NLRB v. Hearst Publications Inc.*, 322 US 111 (1944)

Es geht also hier um die Frage, ob und wie weit die Gerichte an die Auslegung von gewissen, insbesondere technischen Begriffen durch die Behörde gebunden sind. Die Antwort hierauf weist vor allem seit dem für die neuere Zeit führenden Fall Gray v. Powell³⁰⁾ offensichtlich in die Richtung, daß sich die Gerichte innerhalb bestimmter Grenzen gebunden fühlen, nicht ihr Urteil an die Stelle desjenigen der Behörde zu setzen. Die Grenzen sind nach den Äußerungen der Gerichte in ähnlicher Weise zu ziehen, wie es uns von der substantial evidence rule her vertraut ist. Der Ansicht und Auslegung der Behörde wird besonderes Gewicht beigelegt, solange man als vernünftiger Mensch zu demselben Schluß gelangen kann. Erst wenn dem Gericht die Schlußfolgerung, die Auslegung und Anwendung von Tatsachen und Rechtsbegriffen zu weit hergeholt erscheint, fühlt es sich befugt einzugreifen.

In Social Security Board von Nierotko³¹⁾ z.B. war dies ganz besonders auffällig. Es handelte sich um die Frage, ob Lohnnachzahlungen (back pay) aus Anlaß von Streik und Aussperrung vom Arbeitgeber dem Social Security Board gegenüber angemeldet und versteuert werden müssen. Sowohl das Social Security Board als auch das Treasury Department hatten sich dahingehend geäußert, daß für Lohnnachzahlungen keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt zu werden brauchten; das NLRB hatte sich entgegen seiner ursprünglich vertretenen Meinung dieser Ansicht angeschlossen. Trotz der vereinigten Argumente dieser drei Fachbehörden, insbesondere unter Hinweis auf die Folgen für die mehr als 30.000 gleichen, bereits beschiedenen Fälle war der Supreme Court der Auffassung, daß die Auslegung der Verwaltung "über die verwaltungsmäßige Routine und gesetzlichen Schranken hinausgehe". Diese Reihe von Beispielen ließe sich mühelos fortsetzen³²⁾. Davis³³⁾ macht sogar den recht anschaulichen Versuch, tatsächlich und rechtlich ähnlich gelagerte, doch gegensätzlich entschiedene Fälle gegenüber zu stellen.

30) 314 US 402 (1941) bzgl. der Frage, ob eine Firma "producer" i.S. des Gesetzes war; Jaffe, Substantial Evidence, S. 1258, nennt die durch diesen Fall eingeleitete Rechtsprechung eine Häresie; bzgl. Beispielen aus der jüngeren Vergangenheit vgl. die Besprechung bei Schwartz, Adm.L. 1958, S. 106 f

31) 327 US 358 (1946)

32) Davies Warehouses Co. v. Bowles, 321 US 144 (1944), wo das Gericht den Begriff "public utility" selbst auslegte; Obis & Co. v. SEC, 323 US 624 (1944) sowie SEC v. Central Illinois Securities Corp., 338 US 96 (1949): "fair and equitable" wie im Chenery Fall, vgl. Anm. 27, S. 124

33) Adm.L., § 247, S. 887-893; ähnlich die Gegenüberstellung auf S. 121/122 dieser Untersuchung

Man weiß daher mitunter nicht, warum die Gerichte gerade in diesem oder jenem Fall ihr eigenes Urteil über das der Verwaltung gesetzt haben, denn lediglich mit den Worten, daß die Behörde in diesem Fall die Grenze der Überlieferten Praxis oder der Gesetze überschritten habe, ist nicht viel gewonnen. Viel mehr geben die betreffenden Entscheidungen aber nicht zu erkennen³⁴⁾. Justice Jackson³⁵⁾ hat die Unklarheit dieser Praxis unter Bezug auf Mark Twain treffend gekennzeichnet:

"Je mehr du mir erklärst, desto weniger verstehe ich davon."

Es ist jedoch nicht unmöglich, zumindest eine Tendenz und eine gewisse Linie zu erkennen, wenn man das Problem von der Vorfrage aus angeht: Warum überläßt man überhaupt den Behörden die Möglichkeit, in weitem Umfange sogenannte questions of fact bindend festzustellen, ja, aus welchem Grunde legt man darüber hinaus ihren Auslegungen von bestimmten Begriffen im Regelfalle eine so große Bedeutung bei?

Die Antwort auf die erste Frage hat einen äußerst realen Hintergrund. Das ist nicht etwa die Übernahme des traditionellen und verehrten jury-systems in das Verwaltungsrecht, wobei die Behörden hinsichtlich der Tatsachenfeststellung der jury gleichzusetzen wären. Fälle wie z.B. der der American Airlines v. CAB³⁶⁾ geben eine andere, praktisch-nüchterne Antwort. Dort handelte es sich um Anträge von 13 Luftverkehrsgesellschaften auf Zulassung, die zur gemeinsamen Behandlung und Entscheidung zusammengefaßt worden waren. Die Akten hatten einen Umfang von 30.000 Seiten zuzüglich 6.000 Seiten Anhang. Die Zusammenfassung allein des Tatbestandes durch das CAB betrug bereits 400 Seiten mit z.T. recht komplizierten technischen Einzelheiten. Die Entscheidung des CAB umfaßte 70 gedruckte Seiten. Die Klage stützte sich darauf, daß die Entscheidung im record keine ausreichende Grundlage fände (unsupported by substantial evidence).

Im ähnlichen Fall City of NY v. NY Telephone Co.³⁷⁾ betrug der Aktenumfang 36.893 Seiten zuzüglich 3.324 Seiten Anlagen³⁸⁾. In einem anderen, verhältnismäßig kleinen Fall³⁹⁾ lagen dem Gericht

34) vgl. z.B. noch US v. Louisville & Nashville R.R.Co., 235 US 314 (1914)

35) dissenting opinion in SEC v. Chenery Corporation, 322 US 194 (1947), Teil II, am Ende

36) 192 F2d 417 (1951)

37) 261 US 312 (1923)

38) Landis, Adm. Process, S. 143

39) St. Joseph Stockyards Co. v. US, 298 US 38 (1935)

3.466 Seiten vor, darunter 71 Anlagen mit allein 1.358 Seiten (z.T. Tabellen, graphische Darstellungen, Fotokopien usw.). Danach ist es die übergroße Fülle des Tatsachenmaterials, dessen Prüfung die Gerichte nicht mehr bewältigen können. Deshalb sind sie geneigt, die Tatsachenseite den Behörden zu überlassen und sich insoweit als gebunden zu erklären. Ein Hinweis auf die Notwendigkeit solcher Begrenzung liegt in den Worten von Justice Brandeis⁴⁰⁾:

"Irgendwo muß die Überprüfung der Tatsachen mal ein Ende haben."

Die Frage, wo das Ende einsetzen soll, ist dabei allerdings noch offen. Daß das Oberste Bundesgericht sich nicht mehr mit umfangreichen Beweisfragen zu beschäftigen hat, bedarf keiner weiteren Erklärung. Aus ähnlichen Gründen mag diese Ansicht auch noch für die Gerichte der mittleren Instanz zutreffen. Es erscheint bedenklich, daß im Grundsatz auch bereits die Gerichte der ersten Instanz von der Last befreit sein sollen, tausende von Seiten Aktenmaterials genauestens auf ihren Beweiswert zu überprüfen und zu würdigen, weiteren Beweis zuzulassen, anzuhören, auszuwerten und sich ein eigenes, völlig unabhängiges Bild zu machen⁴¹⁾.

Die Amerikaner haben sich dafür entschieden, daß im Regelfall auch die erste gerichtliche Instanz einer solchen Arbeitslast enthoben ist. Ein Verstoß gegen die due-process-Klausel wird darin nicht gesehen. Praktisch heißt das vielfach, daß sich die Gerichte nur ein ganz allgemeines Bild von den Vorfällen und Problemen des Falles zu bilden brauchen und ihre genaue Aufmerksamkeit nur auf die Punkte lenken müssen, die von der klagenden Partei besonders herausgestellt werden. Auch das bedeutet noch eine erhebliche Arbeitslast für die Gerichte. Denn die Prüfung, ob solche Punkte von ausreichendem Beweis getragen werden, nötigt zu einer gewissen Tatsachenforschung und -würdigung an Hand der Akten. Gleichwohl wird im Regelfall das Gericht nicht geneigt sein oder sich in der Lage sehen, sich allzu viel Mühe mit dem record zu machen⁴²⁾. Die Gefahr, daß die Behörden diese Situation mißbrauchen können, ist zweifellos vorhanden, denn das kann heißen: "Gib mir nur die Mög-

40) dortselbst, concurring opinion

41) im vorerwähnten Fall wurden 250 einzelne Feststellungen der Behörde angegriffen

42) vgl. bereits oben S. 109, Anm. 43 bei dem ähnlichen Problem der institutional decisions

lichkeit, die richtigen Tatsachen zu finden, dann magst du meinetwegen das Gesetz auslegen."⁴³⁾.

Diese Gefahr hat der Supreme Court auch erkannt. Er versuchte daher, ihr dadurch Einhalt zu bieten, daß er den unteren Gerichten die Überprüfung zumindest solcher Tatsachen zumuten wollte, von denen die Zuständigkeit (jurisdiction) der Behörde⁴⁴⁾ oder von denen die Entscheidung abhing, ob eine Verfassungsfrage berührt wurde⁴⁵⁾. Beide Entscheidungen müssen heute als überholt angesehen werden, der Crowell Fall deshalb, weil aus amerikanischer Sicht den Gerichten eine Unterscheidung zwischen jurisdictional facts und anderen Tatsachen unmöglich erschien⁴⁶⁾, der Ohio Fall wegen der praktischen Unmöglichkeit der Durchführung⁴⁷⁾. Hier hat sich die im angelsächsischen Recht nicht selten unklare Begriffseinordnung als Hemmschuh für eine Fortentwicklung des Rechts erwiesen. Es handelte sich nämlich gerade in den streitigen confiscation Fällen vornehmlich um die Frage, ob ein gewisser von der Behörde vorgeschriebener Tarif so viel einbringe, daß sich das investierte Vermögen angemessen verzinse, eine Enteignung somit also nicht vorliege. Den Wert des investierten Vermögens jedoch zu bestimmen, war den Gerichten unmöglich. Hierzu waren die Kenntnisse von erfahrenen Sachverständigen erforderlich, deren Untersuchungen sich auf derart umfangreiches statistisches und sonstiges Material erstrecken mußte, daß eine sachgerechte Nachprüfung in nur einem einzigen Fall dem Gericht keine Zeit mehr für die Erledigung anderer Fälle gelassen hätte⁴⁸⁾.

Wird somit die Feststellung des Sachverhalts den Behörden aus dem Grunde überlassen, weil dies andernfalls die Gerichte zu sehr belasten würde, so zeigt gerade der zuletzt erwähnte Fall auch noch einen weiteren Grund für die Zurückhaltung. Wie soll ein ju-

43) vgl. Pennock, Judicial Control of Adm.Decisions, in: The Annals, May 1942, zitiert bei Greza, Independent Regulatory Commission, S. 72, Anm. 2

44) sog.jurisdictional facts, Crowell v.Benson, 285 US 22 (1932): ob ein Arbeitgeber bei der Tätigkeit auf einem "schiffbaren" Fluß verunglückt war. Die Behörde war nur für Unfälle auf solchen Gewässern zuständig

45) sog.constitutional facts, Ohio Valley Water Co.v.Ben Avon Borough, 253 US 287 (1920): confiscation without due process and just compensation, V.amendment

46) vgl.Davis, Adm.L.,S.920 und Beispiele bei Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 503 ff

47) Davis, Adm.L., S. 918

48) vgl.Landis,Adm.Process, S.133: die endgültige Bewertung und Erledigung solcher Fälle zögert sich z.T.bis auf 15 Jahre hinaus und wurde dadurch überholt und hinfällig; damit war auch der klagenden Firma nicht geholfen

ristisch ausgebildeter Mensch die Einzelheiten spezialisierter wirtschaftlicher und technischer Vorgänge verstehen und so bewerten können, daß er sich ein eigenes Bild formen kann. Zwar kann der Richter unparteiische Sachverständige hinzuziehen. Die amerikanischen Gerichte haben aber offenbar eine sehr realistische Auffassung von den begrenzten Einsichtsmöglichkeiten der Sachverständigen als juristischen Laien in das juristisch Wesentliche. Umgekehrt besitzt der Richter zwar den nötigen juristischen Sachverstand, nicht aber die Schulung, wie sie für das Verständnis von Fachfragen wünschenswert wäre, in denen gerade der Sachverständige ausgebildet ist. Der Richter will sich nicht von den Lagebeurteilungen der sich zudem oftmals widersprechenden Sachverständigen abhängig machen. Wie kann er aber in seiner begrenzten Kenntnis und Einsicht in die Materie und ihre Zusammenhänge ein Urteil darüber gewinnen, daß gerade der eine Sachverständige und nicht der andere die Tatsachen richtig erkannt und bewertet hat? Was aber ist die Folge, wenn ihn beide Ansichten nicht zu Überzeugen vermögen?

Der als richterliche Autorität verehrte Judge Learned Hand hat dieses Dilemma einmal wie folgt in vornehmer Bescheidenheit so ausgedrückt:

"(Commissioners) do get an expertness and acquaintance with the subject matter that we judges cannot possibly have. The thing that teases me most, and I confess seems to be insoluble as far as I have been able to judge, is where as the courts have a more widespread knowledge, it is nothing like the commissions accurate knowledge of the precise subject matter. Where are the courts to intervene ... who do not know the intricacies?" 49)

Aus dieser Bemerkung spricht die Einsicht, daß die menschliche Erkenntnismöglichkeit auf vielen Gebieten schon allein durch rein äußere Umstände wie mangelnde Ausbildung, Erfahrung und Vertrautheit mit speziellen Fragen der modernen Wissenschaft und Technik beschränkt ist. Das gilt in den Zeiten, die eine Universalbildung nicht mehr kennen, auch für den Richter.

49) abgedruckt in Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 41; vgl. auch Radio Corporation of America v. US, 341 US 412 (1951): die FCC hatte eine Verordnung für die Übertragung von Farbfernsehen erlassen, die zum Ergebnis hatte, daß das von der RCA entwickelte System nicht zugelassen wurde, wohl aber das des CBS; Mr. Justice Jackson sagte in der mündlichen Verhandlung: "Must we decide which system is technically superior ... How on earth are we going to qualify ourselves ...? vgl. Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 556

Seine Erkenntnismöglichkeit ist daher auf zahlreichen Gebieten notwendig begrenzt, und zwar schon was reine Tatsachen angeht, erst recht aber, wenn es sich um Tatsachenschlüsse handelt. Beispiele aus der Arbeit der SEC belegen dies hinreichend. Darf und kann sich der Richter z.B. ein Urteil darüber zutrauen, ob die Umwandlung einer bestimmten Holding-Gesellschaft auf den Effektenmarkt und für die Aktienbesitzer eine positive oder negative Wirkung haben wird? Vielfach bilden nicht die äußerlich erkennbaren Tatsachen die Schwierigkeiten, sondern die Beurteilung solcher Tatsachen in ihren gegenseitigen Zusammenhängen und ihre Einwirkung auf subtile andere Vorgänge. Solche Schlußfolgerungen auf notwendigerweise entstehende Konsequenzen tatsächlicher Art setzen mehr voraus als einen Überblick über die betreffende Materie, wie ihn sich ein guter und intelligenter Richter selbst oder mit Hilfe der Sachverständigen aneignen kann.

Das ist heute ein überall auftretendes Dilemma. Der amerikanische Richter löst es damit, daß er grundsätzlich geneigt ist, im Verwaltungsverfahren die Tatsachenfeststellung den sachverständigen Behörden zu überlassen.

Verfassungsrechtlich wird diese Entwicklung bejaht, da es nicht dem Begriff des due process widerspricht, wenn die Feststellung solcher komplexen Erscheinungen einem gut ausgebildeten und qualifizierten Verwaltungsapparat überlassen wird. Es ist dies jedenfalls weniger bedenklich als die Methode, in Zivil- oder Strafprozessen einer jury von unerfahrenen Laien die bindende Feststellung eben solcher Tatsachen zu erlauben⁵⁰⁾.

Ähnlich erscheint die Problematik auch dort, wo es sich nicht um Tatsachen handelt, sondern um bestimmte technische Begriffe, die ihrer Natur nach Wertungen, also Rechtsfragen zum Inhalt haben. Ob ein bestimmtes Rabattsystem einen unlauteren Wettbewerb darstellt, weil es den und den Einfluß tatsächlicher Art auf den Markt hat oder haben könnte, kann zur Not noch vom Gericht selbst "festgestellt" und gewürdigt werden. Kann es in komplizierten Fällen, z.B. ohne tiefere volkswirtschaftliche Kenntnisse über Lehren

50) so Brandeis, J., in seiner concurring opinion zum St. Joseph Stockyards Fall, vgl. Anm. 39 f auf S. 126

und Erfahrungen aus dem Bereich der Wirtschaftspolitik noch mit voller Überzeugung sagen, daß ein solcher tatsächlicher Einfluß "nachteilig" ist?

Im Chenery Case⁵¹⁾ kam es darauf an, ob die Umorganisation einer Holding-Gesellschaft "fair and equitable to the persons affected" war oder eine "unfair or inequitable distribution of voting power" mit sich brachte und ob dies "detrimental to the public interest or the interest of investors and consumers" war. Wie das Urteil des Supreme Court ausdrücklich feststellte, hatte die SEC eine eingehende Untersuchung der in diesem Falle unstreitigen tatsächlichen Verhältnisse durchgeführt, sie hatte Vergleiche mit anderen, ähnlichen Vorgängen aus ihrem weiten Tätigkeitsbereich herangezogen und war nach reiflicher Überlegung aufgrund ihrer Kenntnisse und Erfahrungen auf diesem Gebiete zu dem Schluß gekommen, daß die vorgesehene Umwandlung nicht "fair and equitable" usw. sei.

Das Gericht war der Ansicht, daß diese Beurteilung durch die SEC eine durchaus vernünftige Grundlage (reasonable basis) in dem Tatsachenmaterial des record fände und daß die Überlegungen, die zu dieser Beurteilung geführt hätten, alle Qualifikationen eines besonnenen, von Erfahrung und Sachkenntnis getragenen unparteilichen Vorgehens besitze. Die Mehrheit der Richter des Supreme Court hielt sich daher nicht für befugt, in diesem Falle ein eigenes, selbständig begründetes Urteil zu sprechen. Sie ging von der sehr realen Überlegung aus, daß das kompetente Organ zur Beurteilung solcher komplexen Fragen auf Spezialgebieten in erster Linie die dafür eingesetzte Kommission als Behörde mit ihrer fachmännischen Besetzung und unschätzbaren Erfahrung ist. Ihr ist durch den Gesetzgeber die Aufgabe zugewiesen, ein bestimmtes Gebiet in dem durch die Richtlinien der Politik vorgegebenen Sinne zu lenken, zu gestalten und darin ganz bestimmte konkrete Ziele und Aufgaben zu erreichen. Sie weiß am besten, welche Maßnahmen erforderlich sind, welche Umstände ihrer Aufgabe abträglich sein werden und was innerhalb des ganzen von ihr überwachten komplizierten Wirtschafts- und Sozialgefüges unfair, inequitable, detrimental oder contrary

51) SEC v. Chenery Corporation, 332 US 194 (1947), vgl. bereits S. 124, Anm. 27

to the public interest ist. Sie trägt gegenüber dem Kongreß die Verantwortung für die Durchführung dieser Politik. So sind diese Kommissionen etwa dazu berufen, eine Inflation durch Überwachung des Geld- und Effektenmarktes zu verhindern, unlauteren oder mörderischen Wettbewerb zu unterbinden, den Arbeitsfrieden zu gewährleisten und darauf zu achten, daß der Bürger mit Gas, Wasser und Strom zu angemessenen Preisen versorgt wird.

Zu diesem Zwecke soll es ihnen innerhalb eines gewissen Rahmens überlassen bleiben, welche Auslegung des Gesetzes, insbesondere von technischen Begriffen, am besten zur Verwirklichung dieser Ziele geeignet erscheint, ob also z.B. die Einbeziehung der Zeitungsjungen in das allgemeine arbeits- und lohnpolitische Gefüge für eine wirksame Regelung der Arbeitsfragen im Sinne des betreffenden Gesetzes notwendig ist und diese Jungen daher als "Arbeitnehmer" anzusehen sind⁵²⁾. Aus dem gleichen Grunde wird es der Behörde überlassen zu bestimmen, ob ein gewisser Arbeiter Mitglied einer Mannschaft ist⁵³⁾ oder ein Unfall im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erfolgt ist⁵⁴⁾, ferner ob es sich um eine Eisenbahn handelt, deren Einbeziehung in das allgemeine Netz der Eisenbahn- und Transportpolitik erforderlich ist, wenn nicht der Zweck des Gesetzes vereitelt werden soll, - mit der Folge, daß diese Eisenbahn als "interurban" anzusehen ist⁵⁵⁾.

Diese Entwicklung erinnert an eine Tendenz, die auch im deutschen Verwaltungsrecht erkennbar wird. Was im amerikanischen Recht mit den Worten "warrant in the record and a reasonable basis in law"⁵⁶⁾ gemeint ist, faßt Wolff⁵⁷⁾ in dem Ausdruck "durch den Sachverhalt und verständige Erwägungen gerechtfertigt" zusammen. Nicht selten machen auch die deutschen Gerichte ihre Entscheidung über den Umfang ihres Nachprüfungsrechts von der im konkreten Fall nicht immer einleuchtenden Unterscheidung abhängig, ob es sich um eine Ermessensfrage (dann nur sog. beschränkte Nachprüfung auf richtige

52) NLRB v. Hearst Publications Co., 322 US 111 (1944)

53) "member of a crew", Norton v. Warner Co., 321 US 565 (1944); South Chicago Coal & Dock Co. v. Bassett, 309 US 251 (1940)

54) Cardillo v. Liberty Mutual Insurance Co., 330 US 469 (1947); Parker v. Motor Boat Sales, 314 US 244 (1941)

55) Shields v. Utah Idaho Central R.Co., 305 US 177 (1938)

56) s.o. S. 124 f, Anm. 29

57) Verwaltungsrecht, § 31 I c 2, S. 140 bei der Erörterung des unbestimmten Gesetzesbegriffs

Ausübung⁵⁸⁾) oder um einen unbestimmten Rechtsbegriff (dann in vollem Umfange nachprüfbar⁵⁹⁾) handelt. Hier kann offen bleiben, inwieweit in der deutschen Praxis diese Unterscheidungen - wie im amerikanischen Recht - im Grunde wesentlich von der Überlegung mitbestimmt werden, wie weit nach der Ansicht des Gerichts in solchen und ähnlich gelagerten Fällen eine gerichtliche Überprüfung der von der Behörde durchgeführten Feststellungen und Beurteilungen wünschenswert erscheint⁶⁰⁾. Notfalls räumt man der Behörde selbst bei den unbestimmten Rechtsbegriffen einen sogenannten Beurteilungsspielraum⁶¹⁾ ein, der der Nachprüfung durch die Gerichte entzogen ist.

Die Begründung dafür, im Einzelfall auf "eine von den Behörden abweichende Begriffsauslegung und -anwendung zu verzichten"⁶²⁾, stützt sich u.a. auf den Willen des Gesetzgebers, der die streitige Entscheidung wegen der Natur der Sache in erster Linie gerade der erfahrenen und für das betreffende Gebiet verantwortlichen Behörde anvertraut habe⁶³⁾. Ihre Entscheidung wird - und dies erinnert stark an die amerikanische Ausdrucksweise - nur dann aufgehoben, wenn sie von "einer falschen Tatsachengrundlage ausgegangen ist oder die Grenzen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes verletzt hat"⁶⁴⁾. Der Meinungsstreit in der deutschen Literatur und Rechtsprechung unterscheidet sich jedoch in einer Hinsicht deutlich von den Überlegungen der amerikanischen Rechtswissenschaftler: Entsprechend der Methodik des anglo-amerikanischen Juristen wird dort die Lösung auf rein pragmatischem Wege gesucht. Für den deutschen Juristen bedeutet dieser Gedankengang nur einen von

58) z.B. BVerwGE 3, 279, 281

59) z.B. BVerwGE 5, 153, 162; statt "unbestimmter Rechtsbegriff" sagt man besser mit Wolff, Verwaltungsrecht, § 31 I c, S. 138 "unbestimmter Gesetzesbegriff"

60) vgl. z.B. Beispiele und Kritik bei Bachof, Rechtsprechung des BVerwG, S. 435 unter Ziff. 68; z.B. ist "Eignung" ein unbestimmter Rechtsbegriff, BVerwGE 5, 153, 162. "Förderungswürdigkeit" dagegen eine Frage des Ermessens, BVerwGE 3, 279, 281, ebenso "Interesse des öffentlichen Verkehrs", BVerwGE 1, 92, 96

61) eine von Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, S. 98 unter II vorgeschlagene Bezeichnung

62) Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, S. 213

63) z.B. BVerwG in DVBl 1959, 743; DVG Münster in DVBl 1959, 72; vgl. ferner BVerwGE 1, 92, 96; so - ähnlich wie bei Prüfungsentscheidungen - BVerwG in NJW 1961, 793 und 795; sehr deutlich auch VG Hannover in MDR 1961, 1045; bzgl. der Bindungswirkung von Negativattesten der Deutschen Bundesbank vgl. Dürkes, Deutsche Bundesbank, S. 283; - zu einer ähnlichen Tendenz im Arbeitsrecht vgl. BAG in NJW 1961, 44 mit Anm. von Wolff in NJW 1961, 9 ff. Die Lehre vom Beurteilungsspielraum ist nicht ohne verfassungsrechtliche Bedenken; vgl. BVerfG in NJW 1960, 1515 unter IV

64) so Leitsatz 2 der Entscheidung des OVG Münster in DVBl. 1959, 72; vgl. auch BVerwG in JZ 1958, 703

vielen Aspekten. Die übrigen Bewertungsgesichtspunkte sind entsprechend dem rationaleren und ausgesprochen logischen Charakter kontinental-europäischen Rechtsdenkens in einer Systematik des inneren Rechtsaufbaues zu suchen, die letztlich die eigentliche Legitimation ausmacht^{65a)}.

Diese Zurückhaltung deutscher wie amerikanischer Gerichte mag auf den ersten Blick als gefährlich erscheinen, da sie den Entscheidungen der Behörden großes Gewicht verleiht, was zu Mißbräuchen verleiten könnte. Gleichwohl ist diese Gefahr einer angeblich unkontrolliert feststellenden und Gesetze auslegenden Exekutive in Wirklichkeit gar nicht so groß, wie es den Anschein hat.

Die Gerichte können sich in der Mehrzahl der Fälle eine solche Zurückhaltung deshalb auferlegen, weil sie der beruhigenden Gewißheit sein können, daß das Vorgehen der Verwaltung weder willkürlich noch mißbräuchlich, sondern von einem sachlichen Eifer und einer Fachkunde getragen ist, die die beste Gewähr für eine abgewogene Lösung bieten.

Von hier aus wird auch eine Antwort auf die Frage möglich, in welchen Fällen die Gerichte in Amerika ihre eigene Meinung an Stelle derjenigen der Behörde setzen werden, wann sie also sagen werden, die "Tatsachen" seien nicht "fact", sondern "law", oder sie seien "unsupported by substantial evidence", oder die Auslegung eines bestimmten Wortes durch die Behörde verdiene zwar größtes Gewicht, habe jedoch im gegebenen Fall eine "unreasonable basis in law" und müsse daher vom Gericht aufgehoben werden^{65b)}.

Das wesentliche Kriterium für die Zurückhaltung der Gerichte oder für ihre Bejahung einer Kompetenz zur Überprüfung eines Handelns der Verwaltungsbehörden kann folgendermaßen bestimmt werden: Die Gerichte überlassen die Entscheidungen von Tat- und Rechtsfragen nur dann den Behörden, wenn diese von ihnen als besonders sorgfältig und zuverlässig angesehen werden, wenn man also in ihre Tätigkeit das Vertrauen setzen darf, daß sie berechnete Interessen des einzelnen nicht verkürzen. Diese Einstellung der

65a) vgl. ausführlich zur Problematik Wolff, Verwaltungsrecht, § 31 Ie, S. 138 ff

65b) vgl. o. S. 120 und 124

Gerichte offenbart somit ihre Meinung zu der staatsrechtlichen Grundfrage, wer innerhalb der staatlichen Gewalten am besten geeignet ist, für die Meisterung eines bestimmten Sachverhalts, der eine Entscheidung verlangt, die Verantwortung zu übernehmen. Das kommt in den gerichtlichen Entscheidungen immer wieder zum Ausdruck⁶⁶⁾. Es ist die praktische Anwendung des Prinzips der Gewaltentrennung im modernen Staate aus der Sicht eines angemessenen, eben eines "due", eines rechtlich angemessenen Verfahrensablaufes. Entscheidungen der Verwaltungsbehörden in ihrem besonderen spezialisierten Bereich "sind das Produkt aus Verwaltungserfahrung, Würdigung der Vielschichtigkeit der Probleme, sind die Verwirklichung der durch das Gesetz vorgezeichneten Richtlinien der Politik", sind "der Typ von Entscheidungen, welche zu erlassen die Verwaltungsbehörden am besten ausgerüstet sind" und die zu erlassen der Kongreß gerade einer solchen qualifizierten Behörde überantworten wollte⁶⁷⁾.

Sobald daher das Gericht die Überzeugung hat, daß eine Behörde dieses Vertrauen im Einzelfall nicht gerechtfertigt hat, wird es geneigt sein, deren Entscheidung durch seine eigene zu ersetzen. Diese Situation kann z.B. eintreten, wenn eine Behörde noch verhältnismäßig jung ist und noch nicht ausreichend Gelegenheit gehabt hat, sich im Sturm der Anfeindungen, Meinungen und Interessen zu bewähren. Diese Erfahrung haben z.B. die meisten i.r.c. machen müssen. So hatte die ICC zunächst schwer unter der Kontrolle der Gerichte zu leiden, welche die Verwirklichung der ihr vom Kongreß aufgetragenen Verkehrspolitik praktisch zunichte machten. Ähnlich erging es später insbesondere der FTC und der SEC⁶⁸⁾.

66) "... the Commission ... has accumulated experience and knowledge which no court can hope to attain", *American Power & Light Co. v. SEC*, 329 US 90 (1946); vgl. auch Landis, *Adm. Process*, S. 144

67) *SEC v. Chenery Corporation*, 332 US 194 (1947)

68) vgl. Frankfurter, *Summation of the Conference*, 24 ABA J. 282, 285 (1938): "Judge Hough ... said ...: 'When I have before me a case on review from the ICC almost instinctively I want to sustain their order. When I have before me a case on review of the FTC, almost instinctively I want to reverse it'", vgl. Davis, *Adm.L.*, S.905 f, insbes. Anm. 163

Ein anderer Grund, der Entscheidung der Behörde in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht ein weniger großes Gewicht beizumessen, ist der, daß sich das Gericht selbst für kompetent genug hält, über die anstehenden Zusammenhänge und Fragen zu urteilen. Solange es sich z.B. um schwierige Probleme und Würdigungen der Volkswirtschaft handelt, mißt sich das Gericht weder das technische Wissen noch die Autorität zu, den von der Verwaltungsbehörde eingeschlagenen Kurs ohne besonders schwerwiegende Gründe als rechtswidrig hinzustellen.⁶⁹⁾ Handelt es sich dagegen um gerade dem Juristen zugängliche Probleme, so kommt es durchaus vor, daß es in einem solchen Fall weniger zurückhaltend ist⁷⁰⁾.

Schließlich wird eine Entscheidung der Behörde dann als unmaßgeblich beiseite geschoben werden, wenn das Gericht den Eindruck einer unfairen oder zumindest mangelhaften Verfahrensweise hat, bei der die Rechte der interessierten Parteien nicht in genügendem Maße von der Exekutive beachtet wurden. Das Gericht wird dann im record ermitteln, wie gründlich die Untersuchungen durch die Behörde durchgeführt, inwieweit die Beteiligten beigezogen worden sind, ob ihnen genügend Gelegenheit zu Stellungnahmen, Beweisantritten und Plädoyers gegeben worden ist, ob sich die Beamten einer relativ großen Unabhängigkeit erfreuen, ob aus den Verhandlungen der Geist eines objektiven Verfahrens zu erkennen ist. Es wird auch auf Imponderabilien achten, die insgesamt auch auf die Art und Weise der Durchführung des Verfahrens vor der Verwaltungsbehörde schließen lassen.

Wenn daher das Gericht z.B. Zweifel daran hat, ob der record wirklich eine vollständige Sammlung des rechtlich erheblichen Streitstoffes darstellt, in welcher auch die Anträge und sonstigen Handlungen, Beweisantritte usw. der Parteien ihren gebührenden Platz zu finden haben, so wird es eher geneigt sein einzugreifen, als wenn aus allem die saubere, gewissenhafte, sorgfältige und objektive Arbeitsweise einer fachkundigen Behörde spricht.

69) vgl. Board of Trade v. US. 314 534 (1942)

70) z.B. discrimination in interstate commerce: solange es um diskriminierende Tarife geht, wird das Gericht zurückhaltend sein, nicht jedoch, wenn der Tatbestand einer Diskriminierung etwa durch Maßnahmen zur Rassentrennung erfüllt wird

Die meisten dieser zahlreichen Erwägungen faßte der Supreme Court einmal zugunsten einer Entscheidung des Board of Tax Appeals and Tax Court⁷¹⁾ wie folgt zusammen:

"The (Tax) Court is independent, and its neutrality is not clouded by prosecuting duties. Its procedures assure fair hearings. Its deliberations are evidenced by careful opinions ... It has established a tradition of freedom from bias and pressures. It deals with a subject that is highly specialized and so complex as to be the despair of judges. It is ... better staffed (It has) long legislative or administrative experience ... Tested by every theoretical and practical reason for administrative finality, no administrative decisions are entitled to higher credit in the court."⁷²⁾

Das illustrierende Gegenstück zu diesen Erwägungen bildet der Fall Fishgold v. Sullivan Drydock and Repair Corp.⁷³⁾, in welcher der Supreme Court die Interpretation eines Gesetzesbegriffes durch eine Behörde insbesondere deshalb für unmaßgeblich hielt, da sie ohne Anhörung der Parteien völlig vom grünen Tisch aus ergangen war.

Endlich sind noch die Fälle zu nennen, in denen das Gericht unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit anderer Ansicht als die Verwaltungsbehörde ist und den Fehler für schlechthin untragbar, weil mit dem Prinzip der Gerechtigkeit unvereinbar, ansieht. Diese gerichtliche Praxis nähert sich dem Sinne nach der Stellung, die sie gegenüber der Frage einnimmt, ob eine behördliche Entscheidung "final", d.h. der gerichtlichen Nachprüfung entzogen sein soll⁷⁴⁾. So ist die Entscheidung in den zahlreichen und z.T. auch hier besprochenen Fällen zu verstehen, in denen es sich um einen Arbeitsunfall und eine damit verbundene Rente für die Hinterbliebenen handelte⁷⁵⁾. Unter diesem teleologischen Aspekt wurde z.B. die gesetzliche Voraussetzung "im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis verstorben"⁷⁶⁾ deshalb als Tatsache betrachtet, weil das Gericht eine Rente zusprechen wollte und sich daher an die entsprechende "Tatsachenfeststellung" der Behörde zugunsten der Hinterbliebenen binden wollte. Diese teleologisch-pragmatische Fallmethode vermag aber nicht eine erkenntnistheoretische Einteilung und Unterscheidung von law and facts zu tragen.

71) das ist eine Behörde, kein Gericht

72) Dobson v. Commissioner, 320 US 498 (1943)

73) 328 US 275 (1946)

74) vgl. o. S. 112 ff

75) vgl. die Fälle auf S. 121/122

76) vgl. den O'Leary Fall auf S. 124, Anm. 26

Fassen wir abschließend - mit der im case law gebotenen Vorsicht bei Abstrahierungen-noch einmal die führenden Gedanken über Art und Umfang der Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten zusammen:

1. Im Gegensatz zu den Anfängen des amerikanischen Verwaltungsrechts ist nicht mehr die Frage von Bedeutung, ob und auf welche Weise eine gerichtliche Überprüfung möglich ist; vielmehr besteht heute das Problem darin, wie weit die Gerichte in ihrer Prüfung gehen werden.
2. Es ist davon auszugehen, daß Tatfragen nur darauf überprüft werden, ob sie durch hinreichendes Beweismaterial gedeckt sind (unsupported by substantial evidence).
3. Auslegungen von besonderen Rechtsfragen durch eine Behörde, die eine besondere Vertrautheit mit der Materie besitzt, werden dann nicht überprüft, wenn sie eine vernünftige Grundlage im Gesetz finden (reasonable basis in law).
4. Die Meinung des Gerichts darüber, ob etwas als eine Tatfrage durch ausreichenden Beweis untermauert ist, und ob schließlich die Interpretation eines bestimmten Begriffes eine vernünftige Grundlage im Recht besitzt, hängt von zahlreichen Faktoren ab, und zwar u.a. davon,
 - a) welches Ausmaß an Vertrauen (zu Recht oder Unrecht) der betreffenden Behörde vom Gericht geschenkt wird;
 - b) wie weit sich das Gericht selbst für ausreichend kompetent hält;
 - c) welcher Art das Verfahren war, in dem die Entscheidung erging;
 - d) und ob das Gericht mit dem Ergebnis als solchem übereinstimmt.

E. Zusammenfassung

"Im Herzen aber und im Leben ist man Pragmatist."¹⁾

Auch der amerikanische Staat ist heute nicht mehr nur Ordnungsstaat oder Sicherheitsstaat, sondern auch Verwaltungsstaat, im großen

1) George Santayana über die Amerikaner, zitiert bei Marcuse, Am. Philosophieren, S. 140

Stil verwaltender Wirtschafts- und Sozialstaat, in gewissem Sinne Wohlfahrtsstaat und überall eingreifender Versorgungsstaat²⁾. Er begleitet, zum größeren Teil unaufdringlich, dafür aber nicht weniger einflußreich, den Staatsbürger durch den Tag und durch sein ganzes Leben. Wenn der viel zitierte Mann auf der Straße, das Symbol amerikanischer Demokratie, morgens aufsteht, wird er Milch trinken, deren Preis und Verarbeitung in minutiöser Genauigkeit durch Gesetze vorgeschrieben ist³⁾, oder er wird seinen Kaffee mit Wasser, Gas oder Elektrizität zubereiten, bei deren Preisgestaltung auch der Staat ein gewichtiges Wort mitgeredet hat⁴⁾.

Der Staat steht im Hintergrund, wenn er Straßenbahn, Eisenbahn⁵⁾ oder sein eigenes Auto⁶⁾ benutzt, auf seiner Bank Geld abhebt⁷⁾, seiner Arbeit nachgeht⁸⁾, das Radio anschaltet oder seinen Freund anruft⁹⁾, Aktien oder Schuldverschreibungen erwirbt¹⁰⁾, Lebensmittel oder Arzneien einkauft¹¹⁾, im Alter eine Rente bezieht¹²⁾ oder schließlich beerdigt wird¹³⁾. Die Beispiele ließen sich noch beträchtlich vermehren¹⁴⁾, doch genügen sie, um erneut ins Bewußtsein zu rufen, durch welche Sintflut von Gesetzen¹⁵⁾ der Staat sich des Wohlergehens eines jeden einzelnen Staatsbürgers angenommen hat.

Diese gute Absicht des Staates hat den Nachteil, daß sie von unvollkommenen Menschen ausgeführt werden muß. Als sich daher im Verlaufe der Entwicklung der funktionelle Schutz des Gewaltenteilungsprinzips unter der Machtzunahme der Exekutive als unzulänglich

2) in Anlehnung an Klein, Verordnungsermächtigung, S. 55

3) nämlich im State Milk Board

4) Federal Power Commission

5) ICC, Public Utilities Commission

6) Benzinsteuer; Drivers Licensing Division

7) Federal Deposit Insurance Corporation; Federal Reserve System

8) NLRB, Arbeitsschutzgesetze

9) FCC

10) SEC

11) Food, Drug and Cosmetic Acts

12) Social Security Administration

13) vgl. z.B. Ill. Rev. Stat. 1955 ch. III 1/2, §§ 73.1 f Act in relation to the regulation of persons engaged in the practice of funeral directing and embalming

14) s. auch bereits oben S. 37 f ; bzgl. der zunehmenden Unsitte der Regulierung der Berufsausübung vgl. insbes. Gellhorn, Individual Freedom, ch. 3, S. 105-151; z.B. Blumenläden, Froschhändler, Berufsboxer (diese müssen in Indiana sogar einen Eid leisten, daß sie keiner umstürzlerischen Tätigkeit nachgehen); ferner Roettlinger, The Supreme Court and State Police Power, insbes. S. 155 und 188

15) Gellhorn, Individual Freedom, S. 106

gegenüber diesen Schwächen erwies, wurde das Gleichgewicht der Kräfte dadurch wieder herzustellen versucht, daß man in den administrative process selbst, in den Ablauf des Verwaltungsvorganges, mit Hilfe des Gedankens vom due process die erforderlich erscheinenden Sicherungen einbaute. Die Gewaltenteilung erschien damit nicht mehr als ursprünglich ziemlich deutliche Abgrenzung der Staatsfunktionen in gesetzgebende, ausführende und richterliche Gewalt, bezogen auf wenige bedeutende Staatsorgane, sondern als Aufteilung nach dem Prinzip der Opportunität, des optimalen Wirkungsgrades auf zahlreiche Exekutivbehörden und Gerichte: derjenige Träger öffentlicher Gewalt soll zur Durchführung einer bestimmten Aufgabe berufen sein, der dafür am besten geeignet ist. So wurde den Verwaltungsbehörden die Ausarbeitung, Ausfüllung und durchführende Gestaltung der vom Kongreß erlassenen Gesetze anvertraut. Die Gerichte erkannten diese rationelle und zweckmäßige Arbeitsteilung an durch Zurückhaltung in Fragen, die zu lösen am ehesten die Verwaltung befugt und auch beauftragt war; sie beschränkten sich auf eine Überwachung der Einhaltung der Gesetze und der allgemeinen Richtlinien, scheuten sich jedoch nicht, in der Not eines besonderen Einzelfalles als eine Art Nothelfer aufzutreten.

Zur Wahrung der bürgerlichen Rechte wurde in dieses System ein Prinzip aufgenommen, daß man wohl als Prinzip der Bürger-mit Verwaltung bezeichnen könnte, nämlich eine weitestmögliche Beteiligung des einzelnen an ihn betreffenden Verwaltungsvorgängen. Wenn der Bürger in den Parlamenten nur indirekt beteiligt, durch seinen Repräsentanten oder Senator vertreten ist, so wird ihm innerhalb der Verwaltung durch die Möglichkeit rechtlichen Gehörs und andere Formen der Mitarbeit (Eingabe, Konsultationen, Stellungnahmen) Gelegenheit geboten, "mit dabei zu sein". Die oben geschilderte Zusammenarbeit der drei Regierungsgewalten durch Zuweisung der Aufgaben an die jeweils am besten befähigte Stelle setzt sich auf Verwaltungsebene in dem Streben nach eirem Zusammenarbeiten zwischen den Regierenden und den Regierten fort. Das erstrebte, wenn auch nicht immer erreichte Ziel ist ein Regieren durch Übereinstimmung, ein government by consent.

Von hier aus wird verständlich, warum der amerikanische Jurist die differenzierte Ausgestaltung des Verfahrens durch Beteiligung des Betroffenen bereits vor den Verwaltungsbehörden so stark betont, weshalb der Überwiegende Teil der Verwaltungslehrbücher gerade diesen Problemen die größte Aufmerksamkeit schenkt. Es ist dies die tief im amerikanischen Denken verwurzelte Überzeugung, daß ein gerechtes Ergebnis nur in einem fairen, lauterem Verfahren zustande kommen kann. Durch Einbeziehung der Regierten in den Verwaltungsprozeß läßt sich im Ergebnis viel einfacher, reibungsloser und in angenehmerer Atmosphäre regieren als vom grünen Tisch aus und über die Köpfe hinweg.

Diese Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens ist einer der Gründe dafür, warum die Gerichte viel weniger häufig um Überprüfung der Verwaltungsakte der Behörden angerufen werden als in Deutschland. In den ersten 17 Jahren registrierte z.B. die SEC 9.083 Anmeldungen. Von ihnen wurden im Laufe der Bearbeitung 1.202 wieder zurückgezogen. In lediglich 183 Fällen untersagte die SEC die Ausgabe von Effekten durch ein formelles Verbot (stop order). Nur eine einzige order wurde durch Klage vor den Gerichten angefochten¹⁶⁾. Ähnlich ist es mit Entscheidungen des NLRB¹⁷⁾.

Es soll nicht verkannt werden, daß manchmal auch andere Gründe die Beteiligten davon abhalten, die Gerichte anzurufen. So geben viele Betroffene den Anforderungen der Behörden nur deshalb nach, weil sie sich einen Zeitverlust durch langwieriges Streiten nicht leisten können¹⁸⁾.

Gleichwohl gewinnt man den Eindruck, daß beim Verzicht auf das Einlegen eines Rechtsmittels die Überzeugung des Betroffenen eine große Rolle spielt, daß er in einem ordnungsgemäßen Verwaltungsverfahren unter Beachtung von Recht und Gesetz beschieden

16) berichtet bei Gellhorn & Byse, Adm.L., S. 657; - im Sommer 1959 lief im Bezirk Chicago mit seinen mehreren Millionen Einwohnern nicht ein einziges gerichtliches Verfahren wegen Führerscheinentzugs durch die Verwaltungsbehörden, wie dem Verfasser von dem zuständigen Sachbearbeiter im Büro des Attorney General in Chicago in persönlicher Unterhaltung mitgeteilt wurde; in den Jahren 1958/59 wurde nur in 8 Fällen der Entzug einer Fahrerlaubnis durch Anrufung der Gerichte angefochten (Brief des Secretary of State, Illinois, an den Verfasser)

17) vgl. Bowman, Public Control of Labor Relations, S. 456

18) vgl. z.B. Anträge auf Baugenehmigung, Zulassung zum Börsenhandel

worden ist. Ist er - hier sei ein Ausdruck aus der dem Amerikaner stets gegenwärtigen Sphäre des Sports erlaubt - in einem fairen Zweikampf unterlegen, so wird auch eine Anrufung der Gerichte nicht viel Erfolg versprechen.

Darum ist es auch verständlich, warum die Gerichte sich bei der Überprüfung von Tatsachen und sogar von Rechtsfragen eine solche Zurückhaltung auferlegen. Dies findet seine Rechtfertigung darin, daß das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden hinreichend ausgebaut, kurz, daß es ein "due process" ist. Damit ist dem wachen Bürger genügend Gelegenheit geboten, seine Rechte geltend zu machen und zu wahren.

Dem amerikanischen Rechtsdenken liegt es vollkommen fern, zur Kontrolle der Verwaltungsbehörden wie in vielen Staaten des europäischen Kontinents nicht nur eine volle gerichtliche Tatsacheninstanz zu eröffnen, sondern u.U. sogar noch eine zweite, ganz abgesehen von der Revision, die in manchen Fällen außerdem gegeben ist. Das erscheint in Bund und Ländern der Vereinigten Staaten nach den genauen Untersuchungen des vorausgegangenen Verfahrens vor den Behörden den Juristen wie Laien überflüssig. Hier kann somit nicht von einem Rechtsmittelstaat gesprochen werden. Letzten Endes gilt für die amerikanischen Gerichte, was Justice Harlan bereits 1910 in realistischer Weise ausgedrückt hat:

"The courts have rarely, if ever felt themselves so restrained by technical rules that they could not find some remedy, consistent with the law 19), for acts done by government or by individual persons, that violated natural justice or were hostile to the fundamental principles devised for the protection of the essential rights of property." 20)

Die Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen der heute stark angeschwollenen staatlichen Verwaltungstätigkeit und den bürgerlichen Freiheitsrechten folgt somit leitenden Grundgedanken, die dem angelsächsischen Verhältnis des Bürgers zum Staate im Sinne möglichst starker Beteiligung des einzelnen an und bei den Akten der Staatsgewalt gemäß sind. Soweit eine gerichtliche Überprüfung vorgesehen ist oder mehr spontan eingreift, entzieht sie sich entsprechend dem System des case law einer Systematisierung, so

19) z.B. mit Hilfe der Lehre vom due process (d.Verf.)

20) Monongahela Bridge Co.v.US, 216 US 177 (1910)

daß nur einige untereinander nicht immer scharf abzugrenzende Maximen erkennbar werden. Diese lockere und elastische Methode der Begrenzung und Überwachung exekutiver Gewalt beim Eingriff in die Rechte des Bürgers und bei der gesetzlich vorgesehenen Leistungsgewährung entspricht der besonderen Struktur von Gesellschaft und Staat in den Vereinigten Staaten.

Lebenslauf

Ich wurde am 17. Oktober 1932 als vierter Sohn des jetzigen Oberregierungs- und -landeskulturrates a.D. Anton Schlephorst und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Daniels in Siegen, Westf. geboren. Von Ostern 1939 bis Herbst 1943 besuchte ich die Volksschule und von Herbst 1943 bis Ostern 1953 das Städtische Gymnasium in Siegen. Dort bestand ich am 24. Februar 1953 die Reifeprüfung.

Ich studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten in Marburg a.d.L., München und Münster. Am 22. Dezember 1956 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Am 17. Januar 1957 begann ich meine Ausbildung als Gerichtsreferendar. - Im Sommer 1958 ermöglichte mir die University of Chicago, USA, durch die Gewährung eines Gebühren-Teilstipendiums einen Studienaufenthalt für ein akademisches Jahr an ihrer Law School. Dort hörte ich insbesondere Vorlesungen über Verfassungs- und Verwaltungsrecht. In allen belegten Fächern nahm ich mit Erfolg an den vorgeschriebenen Abschlußprüfungen teil. - Im übrigen war ich in einem Anwaltsbüro tätig.

Am 1. Oktober 1959 setzte ich meine Ausbildung als Gerichtsreferendar fort, unterbrach sie jedoch vom 1. Februar 1960 bis zum 31. Juli 1960, um die hier vorliegende, bereits in den Vereinigten Staaten vorbereitete Dissertation abzufassen.

Am 26. März 1962 legte ich vor dem Justizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen die zweite juristische Staatsprüfung ab. Seit dem 1. Juni 1962 bin ich beim Bundesministerium des Innern, Bonn, tätig.

